

**RENATA CARLOS STEINER**

**DA COMPLEXIDADE INTRA-OBRIGACIONAL: CRIAÇÃO DE DEVERES  
LATERAIS PELA BOA-FÉ OBJETIVA**

**Curitiba**

**2006**

**RENATA CARLOS STEINER**

**DA COMPLEXIDADE INTRA-OBRIGACIONAL: CRIAÇÃO DE DEVERES  
LATERAIS PELA BOA-FÉ OBJETIVA**

Monografia apresentada ao Curso de Direito da  
Universidade Federal do Paraná como requisito  
parcial à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Paulo Roberto Ribeiro Nalin

**Curitiba**

**2006**

## RESUMO

O Direito Civil passou por grandes transformações que, em síntese, recolocaram o sujeito real, com suas vicissitudes, no centro do ordenamento e transmudaram seu núcleo para além do Código Civil. Significa dizer que se operou a constitucionalização de todo o Direito assim como repersonalização e despatrimonialização de seu conteúdo. O contrato não ficou inerte frente a referidas mudanças, devendo ser visto hoje para além de um vínculo entre sujeitos iguais e livres, tal como apregooou a Modernidade, mitigando-se a autonomia da vontade, dogma no Estado Liberal, para passar a ser compreendido por novos contornos e um novo conceito, pautado pela função social, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva. Deste modo, é preciso compreender que a obrigação não é apenas um vínculo estático e sim uma complexidade voltada ao adimplemento. Significa dizer que os deveres obrigacionais não decorrem exclusivamente da autonomia da vontade, mas também do princípio da boa-fé. A complexidade intra-obrigacional refere-se exatamente a esta potencialidade da boa-fé: criar deveres laterais ao contratado que devem ser observados como qualquer outro dever contratual. Exemplificativamente, trabalha-se com a divisão destes deveres em deveres de informação, proteção e lealdade mas é sempre necessário fazer o alerta que qualquer tentativa de conceituá-los *a priori* é meramente um ponto de partida para sua compreensão, não sendo possível pretensão de plenitude que descaracterizaria inclusive a forma com que a boa-fé está prevista no Código Civil, qual seja, através de cláusulas gerais. O presente trabalho tem como objetivo exatamente estudar a função integrativa do princípio da boa-fé.

## **SUMÁRIO**

### **INTRODUÇÃO**

#### **1. CRISE NO DIREITO CIVIL: INSUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS E TEORIAS TRADICIONAIS.**

1.1 Institutos Jurídicos da Modernidade: reflexos no Código Civil de 1916

1.2 Constitucionalização do Direito Civil. Normatividade dos Princípios Jurídicos e modificações no âmbito do direito contratual

1.3 Cláusulas Gerais: a abertura do Código.

1.3.1 Das diretrizes do Novo Código Civil

#### **2. DA BOA-FÉ**

2.1 A Boa-fé: princípio único com duas vertentes

2.1.2 Da boa-fé na vertente objetiva: origens e conteúdo

2.2 Funções do princípio da boa-fé

2.2.1 Boa-fé como criadora de deveres laterais de conduta

#### **3. DA COMPLEXIDADE INTRA-ORIGACIONAL**

3.1 Para um novo conceito contratual: da mitigação do dogma da vontade à complexidade contratual. Da necessidade de revisão do conceito e conteúdo da obrigação.

3.1.2 Da noção tradicional de obrigação à complexidade contratual

3.2 Da diversa gama de deveres obrigacionais

#### **4. DOS DEVERES LATERAIS DECORRENTES DA BOA-FÉ**

4.1 Origens

4.2 Classificação

4.2.1 Deveres acessórios de proteção

4.2.2 Deveres acessórios de esclarecimento ou informação

4.2.3 Deveres acessórios de lealdade e cooperação

## **CONCLUSÃO**

## INTRODUÇÃO

O Direito Civil, como um todo, tem passado por importantes transformações. Em síntese, estas mudanças referem-se à necessidade de colocar no centro da proteção jurídica a tutela da pessoa humana, compreendida como sujeito real e concreto, porém também integrante da sociedade. Neste contexto, a aplicação do princípio da boa-fé, em especial daquela dita boa-fé objetiva, no plano obrigacional tem chamado atenção dos operadores do direito na atualidade. E isto decorre em especial do reconhecimento de que princípios jurídicos têm normatividade e são grandes ferramentas aptas a consagrar na prática toda a carga ideológica da Constituição da República de 1988.

No Brasil, a Carta Política de 1988 consolida o dito Estado Social e prevê expressamente como fundamento do Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana. Recentemente, em 2002, operou-se a publicação de um novo Código Civil cuja redação, apesar de datar da década de 70, traz grandes inovações do ponto de vista legislativo no plano do direito obrigacional. Entre elas destaque-se a inclusão de cláusula geral de boa-fé, no art. 113 e 422 e da consagração da função social do contrato (art. 421).

No entanto, e conforme alerta com propriedade Luiz Edson FACHIN, ao tratar sobre a nova codificação Civil “o grande desafio é superar um velho problema, a clivagem abissal entre a proclamação discursiva das boas intenções e efetivação da experiência”<sup>1</sup>. Assim, embora o Código Civil estabeleça expressamente a função social do contrato e a observação dos princípios da probidade e da boa-fé, é necessário que o operador e aplicador do Direito torne-se sensível à nova ordem. Isso porque não basta o mero reconhecimento teórico de tais figuras, é preciso que a prática não os deixe padecer como “meras declarações políticas, de conteúdo e função mistificadores”<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> FACHIN, L. E. Código Civil: Lei Nova e Velhos Problemas. Revista Del Rey Jurídica, vol. 5, n. 11, Belo Horizonte, 2003, p. 16

<sup>2</sup> A expressão é do Prof. Boaventura de Souza Santos, ao tratar sobre a necessidade de prover meios que tornem os direitos sociais e econômicos efetivos. In: SANTOS, B. S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000, p. 167.

A própria estrutura das citadas cláusulas gerais, presentes no Código Civil, podem tornar-se vazias se não competentemente aplicadas pelo julgador. Porém, uma vez bem utilizadas, são grandes ferramentas para abertura do sistema a valores extra-jurídicos e à realidade do caso concreto, reclamando do Judiciário uma atitude muito mais ativa, no sentido que a decisão deverá levar em conta as vicissitudes do caso sob análise. Exige-se do magistrado “(...) uma função muito mais elevada, uma função constitucional que, sobretudo, visa dignificar o homem e eliminar a desigualdade sócioeconômica”<sup>3</sup>.

E para que isto ocorra, é imprescindível que os operadores e aplicadores do Direito reconheçam a insuficiência da autonomia da vontade como única fonte de deveres contratuais, passando a compreender que a relação obrigacional não pode mais ser tomada como estática, revelando-se antes uma totalidade complexa que visa ao adimplemento<sup>4</sup>. Ao assim proceder, abre-se em definitivo o espaço para consagração da boa-fé como um grande princípio em matéria obrigacional.

Segundo Miguel REALE, uma das mais relevantes diferenças entre o Código Civil de 1916 e o Código de 2002 está no constante valor dado à boa-fé, estampada por meio de cláusulas gerais. Afirma o jurista que “como se vê, a boa-fé não constitui um imperativo ético abstrato, mas sim uma norma que condiciona e legitima toda a experiência jurídica, desde a interpretação dos mandamentos legais e das cláusulas contratuais até as suas últimas consequências”<sup>5</sup>.

Portanto, e conforme será exposto ao longo do presente estudo, aquele que contrata não está mais adstrito apenas ao cumprimento do objeto principal da obrigação, mas sim que este cumprimento se dê de acordo com os mandamentos da boa-fé objetiva, pautada por um comportamento leal, probo e fundado na confiança que as partes depositam no parceiro contratual. Parte-se do pressuposto de que o princípio em questão está arraigado ao conceito contratual na atualidade, de forma que não

---

<sup>3</sup> NALIN, P. *Do contrato: conceito pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 1ª ed. 4ª tir., Curitiba: Editora Juruá, 2004, p. 86.

<sup>4</sup> SILVA, C. V. C. e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976, p. 5-6.

<sup>5</sup> REALE, M. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em [www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br).

basta simplesmente cumprir o avençado, mas sim cumpri-lo em conformidade com a boa-fé.

Dentre as várias funções desempenhadas por este princípio, das quais se destacam a interpretativa, integrativa (em caso de lacunas) e limitativa de direitos subjetivos, elegeu-se para estudo a aptidão da boa-fé de criar deveres jurídicos no plano contratual, ao lado dos deveres chamados de principais e secundários, e que aqui se denominam deveres laterais. Referida função é também conhecida pelo nome de função integrativa, mas não se confunde com a interpretação integradora em caso de lacunas.

Ainda que, e conforme amplamente defendido no presente estudo, não seja possível conceituar e delimitar com exatidão o alcance da boa-fé no plano contratual, uma vez que sua própria estrutura requer seja ela analisada diante da concretude do caso, o estudo dos deveres laterais que dela decorrem mostra-se importante na medida em que facilita sua compreensão, indicando um fértil ponto de partida para a análise da situação concreta.

Justifica-se o presente trabalho, portanto, quer pela evidente insuficiência da noção de relação obrigacional, e também contratual, como um simples contraponto entre um direito subjetivo e um dever jurídico, quer pela necessidade de estudar as possibilidades que a cláusula geral de boa-fé oferece, tendo sempre como ponto de partida, e de chegada, os ditames da Constituição da República, em especial quanto à tutela da pessoa humana e sua dignidade.

Assim, como o fundamento de todo o estudo está baseado numa visão civil-constitucional, o primeiro capítulo dedica-se exatamente à tarefa de destacar a crise do Direito Civil tradicional e introduzir o leitor às exigências de mudanças do paradigma de estudo da civilística. Para tanto, serão estudados os principais institutos jurídicos clássicos, em especial aqueles referentes ao direito obrigacional, seguido de uma análise sobre a normatividade dos princípios jurídicos e desaguando na técnica legislativa de cláusulas gerais do Código Civil de 2002, dentre elas, em especial, a da boa-fé.



Sobre o princípio da boa-fé trata o Capítulo III, em que se distingue entre a vertente objetiva e subjetiva, aprofundando o estudo naquela. Passa-se também pela análise das funções que o princípio exerce para então focalizar no objeto de estudo do presente trabalho: os deveres laterais decorrentes da boa-fé. No entanto, para que seja possível estudar esta função é imprescindível o estudo da obrigação enquanto relação complexa.

Este tema é tratado no Capítulo IV, no qual se trabalha com um novo conceito obrigacional, através da inclusão de uma nova ordem principiológica para além daquela tradicionalmente invocada. E aqui, após uma introdução sobre a obrigação complexa, parte-se ao estudo da diversa gama de deveres que a compõe. Por fim, o Capítulo V trata exclusivamente dos chamados deveres laterais decorrentes da boa-fé, neste estudo divididos, numa mescla das divisões apresentadas por Antonio MENEZES CORDEIRO<sup>6</sup> e Fernando NORONHA, em três grandes grupos: deveres de proteção, deveres de esclarecimento e informação e deveres de lealdade e cooperação.

Ainda que o estudo seja dividido em grupos de deveres laterais, desde já cumpre esclarecer, novamente, que a análise da boa-fé não pode ser feita senão à luz do caso concreto. Assim, qualquer tentativa de arrolar, *a priori* e em sua totalidade, os deveres laterais, não pode ser encarada com pretensão de plenitude, devendo antes ser tomada como base para guiar a atividade de aplicação do princípio da boa-fé. E é exatamente este o intento do presente trabalho.

---

<sup>6</sup> MENEZES CORDEIRO, A.M.R. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2001, p. 604

## 1. CRISE NO DIREITO CIVIL: INSUFICIÊNCIA DOS CONCEITOS E TEORIAS TRADICIONAIS.

Afirmou Miguel REALE que “a vida do Direito é elemento essencial do diálogo da história”<sup>7</sup>, no que se está em pleno acordo. Mas é também verdade que, inversamente, a história é elemento essencial ao Direito, uma vez que este não pode ser compreendido senão conectado ao seu tempo. A realidade mostra que tentativas de forjar institutos e teorias jurídicas fora do contexto em que foram concebidas não se sustentaram ao longo da História, tornado-se insuficientes justamente porque lhes falta um substrato imprescindível: a estreita ligação do Direito com a sociedade que o produz, legitima e sustenta. Não é diferente com o Direito das Obrigações e, portanto, com o estudo dos contratos, ainda que aqui a disciplina jurídica legislativa tenha-se mantido incólume por muito tempo.

Sobre o contato do direito das obrigações com a realidade, Enzo ROPPO afirma que “o contrato muda a sua disciplina, as suas funções, a sua própria estrutura segundo o contexto económico-social em que está inserido”<sup>8</sup>. Daí que o conceito contratual construído na Modernidade, entendida conforme os ensinamentos de Paolo Grossi, assim como seus institutos fundamentais, entram em crise na contemporaneidade em decorrência da mudança maior verificada na própria sociedade, que proclama pela transformação e não mais manutenção do *status quo*.

A inserção da noção de boa-fé objetiva enquanto “*topos subversivo*”<sup>9</sup> do direito obrigacional contemporâneo reafirma ainda mais a necessidade de ligação entre o direito e a sociedade já que sua idéia é “criação humana, fundada, dimensionada e explicada em termos históricos”<sup>10</sup>. O princípio só pode ser compreendido na situação concreta, de nada adiantando sua proclamação abstrata e genérica, a boa-fé se faz presente na atuação real dos contratantes. Ainda, o próprio Direito está estreitamente

---

<sup>7</sup> REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977, p. 313.

<sup>8</sup> ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988, p.24.

<sup>9</sup> MARTINS-COSTA, Judith. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 409.

<sup>10</sup> MENEZES CORDEIRO, A.M.R. *op.cit.*, p. 18.

conectado à realidade: “a ordem jurídica há de refletir sempre os compromissos políticos, as contradições econômicas, os contrastes e as harmonias sociais, as convicções morais e religiosas, e até as ideologias dominantes: o direito espelha a sociedade em que se insere”<sup>11</sup>.

Pretende-se, neste primeiro capítulo, dar conta das transformações operacionalizadas no Direito Civil brasileiro, em especial no direito dos contratos, através do estudo da necessidade de revisão dos paradigmas contratuais, tudo isto dentro do campo do chamado direito civil-constitucional. Assim, serão estudados a constitucionalização do Direito Civil, a edição do Novo Código Civil e, por fim, a inclusão dos princípios da boa-fé e da função social dos contratos em cláusulas gerais na nova codificação civil, sempre tendo como pressuposto a impossibilidade de sustentação das categorias jurídicas da Modernidade vez que estas representam um ideal burguês não compatível com a justiça social e tutela geral da pessoa humana que é protagonista do Direito brasileiro contemporâneo. O estudo específico acerca da boa-fé e de um novo conceito e conteúdo obrigacional e contratual não é objeto desta primeira parte, já que, devido à sua importância para o presente estudo, faz jus a capítulos próprios.

### **1.1 Institutos Jurídicos da Modernidade: reflexos no Código Civil de 1916**

No Brasil, o Código Civil de 1916, apesar de publicado no século XX<sup>12</sup>, representa o ideal codificador dos oitocentos<sup>13</sup>: um modelo de código fechado à

---

<sup>11</sup> NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 97.

<sup>12</sup> Assim Clóvis do Couto e Silva: “se examinarmos os institutos básicos do CC brasileiro de 1916, veremos que ele é um dos melhores Códigos do Século XIX, ainda quando publicado no século XX.” SILVA, C.V.C.e. *O direito Civil Brasileiro em perspectiva história e visão de futuro*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), vol. 40, ano XIV, 1987, julho, Porto Alegre, p. 136..

<sup>13</sup> Paolo Grossi, ao tratar sobre o significado do Código na Modernidade jurídica, afirma que não é por acaso que “(...) Napoleão queria realizar, com o *Code civil*, a primeira etapa de uma codificação totalizante. Uma circunstância nada banal, ou melhor, um gesto de suprema coragem, em que o novo Príncipe pós-revolucionário ousava, seguríssimo de si mesmo, legislar em um terreno difícil, a razão civil, ultrapassando os limites onde os legisladores do passado tinham parado, mesmo os de Luís XIV, que com as suas grandes *Ordennaces* tinham realizado uma primeira experiência de redução de boa parte do direito a um corpo de leis soberanas. O que Luís considerou que fosse melhor continuar regulamentado por costumes imemoráveis, sedimentados em um longo processo, agora, em 1804 – Napoleão aprisiona nos 2.281 artigos do *Code civil*, onde todo o direito civil passa a ser previsto, onde existem regras

experiência da vida, dotado de uma (pretensa) completude e baseado em princípios liberais, tal qual a sociedade em que ele estava inserido: o Estado Social no Brasil só tomou corpo em definitivo com a Constituição de 1988. [ver Tepedino e texto do Gabriel]

O próprio estudo do Direito Civil, à luz desta concepção, vem espelhado numa noção individualista e gira em torno da propriedade privada, instituto absoluto para a civilística clássica e para a sociedade burguesa. O indivíduo que merece proteção é aquele proprietário, nas lições de Luiz Edson FACHIN, “o sujeito não ‘é’, em si, mas ‘tem’ para si titularidades. É menos pessoa real e concreta (...), e é mais um ‘individual patrimonial’”<sup>14</sup>. Também neste sentido ensina Carlos Eduardo Pianovski RUZYK, já que na ordem principiológica clássica “mais do que o indivíduo, o objeto das preocupações do direito dos contratos é a propriedade em si mesma (...) essa categoria jurídica está vinculada à propriedade, sendo o instrumento de seu trânsito jurídico”<sup>15</sup>.

Os três pilares do Direito Civil estabilizados no antigo Código Civil, propriedade, trânsito jurídico e projeto parental, representam de maneira clara o Direito Civil clássico já que a família só é aquela concebida pelo casamento, a propriedade é direito absoluto e o contrato tem como função primordial a circulação de riquezas. Na lição de Gustavo TEPEDINO, ao referir-se ao Código de 1916:

“Código Civil brasileiro, expressão do individualismo característico da codificação europeia do século XIX, volta-se fundamentalmente para a disciplina das relações patrimoniais, de modo a assegurar o livre tráfego jurídico de seus (únicos) protagonistas: o proprietário, o marido, o contratante e o testador. Desenha-se, assim, um conjunto monolítico de valores correspondentes à secular ideologia que congregou, de maneira quase homogênea, a burguesia vitoriosa na Revolução Francesa; valores preservados e prestigiados por intermédio da autonomia privada, assegurada pela liberdade de contratação e pelo exercício quase ilimitado do direito de propriedade”<sup>16</sup>.

---

minuciosas para cada instituto (que freqüentemente encontra até mesmo a sua definição, elaborada pelo próprio legislador” (GROSSI, P. *Mitologias Jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 110-111).

<sup>14</sup> FACHIN, L.E. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 85-86.

<sup>15</sup> RUZYK, C. E. P. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, C.L.S. (coord.) *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002, p. 85-86

<sup>16</sup> TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001, apresentação.

No plano do direito das obrigações, em especial aqui no estudo dos contratos, o dogma da vontade exerceu, durante muito tempo, um papel estruturante, de forma que o negócio jurídico ‘contrato’ era entendido como o plano por excelência do exercício da autonomia da vontade. Não se está aqui a negar a vigência desta nos tempos atuais (ainda que sob a nova denominação de autonomia privada), pelo contrário, mas sim a compreender que uma visão de negócio jurídico na contemporaneidade não pode mais dar elevado relevo à livre autonomia do sujeito em detrimento de valores e princípios maiores, como a função social e a boa-fé, exemplificativamente<sup>17</sup>. Orlando GOMES sustenta que

“por autonomia privada se deve entender, segundo a famosa definição de BETTI, a autoregulação dos interesses particulares” sendo que “o negócio jurídico é, por excelência, o ato da autonomia privada, isto é, a atividade humana, simples ou complexa, correspondente à essência da autodeterminação dos interesses particulares, dirigida, por conseguinte, a êsse fim”<sup>18</sup>.

Daí que, conhecendo a diferença substancial entre os fatos jurídico, que não têm origem na vontade humana e dos atos jurídicos, estreitamente ligados ao voluntarismo, há também se observar que nos atos jurídicos *stricto sensu* a produção de efeitos decorre de lei enquanto que nos negócios jurídicos decorre do exercício da autonomia privada pelos particulares, sendo que os efeitos passam a ser reconhecidos pelo direito, uma vez que respeitem as condições gerais impostas pelo legislador e, portanto, a ter eficácia jurídica.

Ainda, quanto à denominação autonomia privada é muito clara e importante a explanação e distinção trazida por Fernando NORONHA ao afirmar que

---

<sup>17</sup> Observe-se a este respeito que Fernando NORONHA, ao propor novos princípios contratuais, o faz elencando os princípios da autonomia privada, boa-fé e justiça contratual que “se autodelimitam reciprocamente”. (NORONHA, F. *O Direito dos Contratos e seus Princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 15). Em outras palavras, não se trata de simplesmente abandonar a autonomia privada e sim de conferir-lhe novos contornos que passam tanto por sua limitação quanto pela revisão do seu papel como pilar do contrato. Veja-se também a lição de Paulo Luiz NETO LÔBO ao afirmar que “quanto mais *interesse social*, menos a *autonomia da vontade*. A avanço de um é a medida do recuo da outra” (NETO LOBO, P.L. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986, p. 32).

<sup>18</sup> GOMES, O. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967, p. 67.

“(...) foi precisamente em consequência da revisão a que foram submetidos o liberalismo econômico e, sobretudo, as concepções voluntaristas do negócio jurídico, que se passou a falar em *autonomia privada*, de preferência à mais antiga *autonomia da vontade*. E, realmente, se a antiga autonomia da vontade, com o conteúdo que lhe era atribuído, era passível de críticas, já a autonomia privada é noção não só com sólidos fundamentos, como extremamente importante”<sup>19</sup>.

A construção clássica do negócio jurídico<sup>20</sup> remonta à figura construída no seio do Estado Moderno e Liberal, em que os indivíduos eram considerados formalmente livres e iguais de forma a satisfazer a necessidade burguesa de circulação de riquezas por meio do trânsito jurídico. À autonomia da vontade é concedido um lugar de destaque nesta construção, senão a sua razão de ser, seguida pelos princípios da obrigatoriedade dos pactos, representada pelo brocardo *pacta sunt servanda*, e da relatividade de seus efeitos, pelo qual o contrato só atinge os contratantes.

E, neste sentido, não caberia ao Estado, ressalvadas as exigências legais para validade do ato, qualquer ingerência na esfera privada do cidadão, que gozaria de plena liberdade para contratar<sup>21</sup>, decidindo em última análise se contrata ou não, com quem contrata e o que contrata. Darci BESSONE, citado por Fernando NORONHA assim sintetizou a concepção liberal do contrato:

**“Segundo a doutrina clássica, o contrato é sempre justo, porque, se foi querido pelas partes, resultou da livre apreciação dos respectivos interesses pelos próprios contratantes. Teoricamente, o equilíbrio das prestações é de presumir-se, pois.**

Sendo justo o contrato, segue-se que aos contratantes deve ser reconhecida ampla liberdade de contratar, só limitada por considerações de ordem pública e pelos bons costumes. Assim, enquanto forem observados esses limites, podem as partes convencionar aquilo que lhes aprouver, o que, de resto, constitui um aspecto da liberdade individual, consubstanciada no princípio de que é permitido tudo que não é proibido. Põem portanto, discutir livremente todas as condições contratuais, celebrar contratos regulados por lei, ou quaisquer inéditos que imaginem, escolher a melhor forma de declaração de vontade, fixar os seus efeitos, etc. Nos dissídios que acaso se formem, a missão do juiz terá de se circunscrever à apuração da vontade dos contratantes, em um processo de pura reconstituição” (grifou-se)<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos Contratos ...*, p. 113.

<sup>20</sup> O Código Civil de 1916 não trazia em seu corpo a figura do negócio jurídico que acabou sendo adotada na codificação de 2002.

<sup>21</sup> Até porque, na visão Moderna de sociedade, a liberdade e igualdade seriam suficientes para reger a Justiça da vida dos particulares. Veja-se a respeito a citação de Enzo ROPPO para quem “liberdade de contratar e igualdade formal das partes eram portanto os pilares – que se contemplavam reciprocamente – sobre os quais se formava a asserção peremptória, segundo a qual dizer –contratual-equivale a dizer – justo – (-*qui dit contractuel dit juste-*)” (ROPPO, E. *op cit*, p. 35).

<sup>22</sup> NORONHA, Fernando. *O Direito dos contratos...*, p. 55.

Porém, esta idéia de liberdade e igualdade é insuficiente para explicar a realidade, uma vez que nesta dificilmente os contratantes encontram-se em igualdade de posições.

Limita-se hoje o alcance da autonomia privada, “no propósito de estabelecer o equilíbrio de interesses individuais, subordinando-os ao autêntico interesse coletivo”<sup>23</sup>. Assim que a nova roupagem do até então absoluto princípio da autonomia privada está representada pela livre iniciativa constitucional, porém limitada à funcionalização dos institutos privados, como a propriedade e o contrato, e necessariamente ligada à solidariedade constitucional<sup>24</sup>.

No entanto, parece ser imprescindível reconhecer que a transformação não se deu somente através de uma limitação da autonomia, em favor do coletivo, e sim de uma releitura de seu papel no direito obrigacional. Deixa de ser sua *ratio* para conceder este lugar ao princípio da função social que tem como seu principal instrumento a boa-fé.

Já na Introdução de sua obra sobre novos paradigmas da Teoria do Contrato, Teresa NEGREIROS faz justamente este alerta, ao afirmar que “referimo-nos a essas noções [autonomia privada e liberdade contratual] como se o seu conteúdo se houvesse mantido tal e qual, como se mantidas estivessem as condições culturais que as forjaram”<sup>25</sup>. Resta saber que estas condições culturais às quais a autora refere-se, são aquelas típicas da Modernidade. Deste modo, e aqui me apoiando nas lições de Rosalice Fidalgo PINHEIRO, se na Modernidade a boa-fé sucumbe diante do voluntarismo jurídico, hoje esta posição inverte-se “para revelar que o voluntarismo jurídico sucumbe à boa-fé”<sup>26</sup>.

A liberdade e igualdade formais que estão pregadas à visão liberal do negócio jurídico, e também ao contrato que é sua principal manifestação, decorrem exatamente da forma com que o sujeito se apresenta para a Modernidade: através da abstração

---

<sup>23</sup> GOMES, O. *op.cit.*, p. 69.

<sup>24</sup> A constatação se dá a partir da afirmação do prof. FACHIN “e quem funcionaliza, limita, porque dá uma direção”. (FACHIN, L.E. *Teórica crítica...*, p. 209).

<sup>25</sup> NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – novos paradigmas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 02.

<sup>26</sup> PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da Boa-fé e sua recepção jurisprudencial do Direito brasileiro*. Tese de Doutorado – UFPR, p. 05.

representada pelo conceito de sujeito de direitos e por uma forjada universalidade. Este sujeito é compreendido de forma totalmente abstrata em desconsideração às vicissitudes do homem real<sup>27</sup>.

Abstrata é também a idéia do negócio jurídico já que este também resulta de “um processo de abstração, a partir da liberdade e da igualdade formal de todos perante o direito, processo que se inicia com a Revolução Francesa e que tem por objetivo estabelecer um direito geral e abstrato, aplicável a todos, sem distinções de classes”<sup>28</sup>. Neste sentido é fácil compreender que todos, indistintamente, seriam considerados livres e iguais para contratar e que estas noções eram, na realidade, indispensáveis para a construção burguesa de sociedade e, por conseguinte, de direito.

Parece evidente que tal concepção liberal de contrato, pautado principal e exclusivamente na vontade individual, não pode prevalecer na atualidade, em que se operou a constitucionalização dos institutos antes tidos como de direito privado, assim como uma busca pela repersonalização e despatrimonialização do conteúdo do Direito Civil.

Estes fenômenos refletiram-se na revisão das três figuras básicas sobre as quais o direito civil está assentado, quais sejam, a família (projeto parental), a propriedade (apropriação de bens) e o contrato (circulação de bens). Mas não só isso. Da mesma forma que tais institutos vêm sendo revistos, há também crítica ao conceito da relação jurídica. Neste sentido FACHIN ao afirmar que os três pilares do Direito Civil acima apontados “vêm espelhados, no âmbito da codificação, em torno de um sujeito, e deste para o conceito de relação jurídica”. Os dois conceitos aqui citados, sujeito de

---

<sup>27</sup> Veja-se a este respeito a lição de Luiz Edson FACHIN ao afirmar que “a observação desse fenômeno pode ter como ponto de partida a compreensão clássica do sujeito no contrato social e na Declaração dos direitos do homem. Ali está em exposição o produto mais acabado da razão humana, que se encerra em si mesmo: o sujeito hipoteticamente livre e senhor de sua circunstância goza de formal dignidade jurídica” (FACHIN, L.E. *Teoria crítica...*, p. 14). Também neste sentido Teresa NEGREIROS: “sob este prisma, não importa ao direito civil – em particular, ao direito dos contratos – a posição social que ocupa o destinatário de suas normas. Ao invés, o direito civil caracteriza-se pela absolutização do indivíduo como um ‘eu’ metafísico sem vínculos históricos, daí que, reduzidos ao ‘ser’, todos somos iguais. Considerada em si mesma, esta lógica é coerente: o indivíduo – em oposição ao trabalhador, ao comerciante, ao criminoso, ao contribuinte, ao administrado, ao consumidor...- define-se por sua irreducibilidade essencial. O ‘ser’ é a sua única e suficiente qualidade” (NEGREIROS, T. *op cit*, p. 04-05).

<sup>28</sup> AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 376.



direito e relação jurídica, foram, segundo o professor, elevados a categorias e por isso distanciados do real, da vivência das pessoas e seus vínculos<sup>29</sup>. Enfim, “um equívoco se alastrou, informando que essa relação jurídica conceitual, seguindo os passos da sistematização germânica que se projetou na parte geral das codificações civis, estava na base das obrigações, do estatuto jurídico dos bens, do projeto parental e das sucessões”<sup>30</sup>. De fato, o direito civil tradicional enxerga o mundo pelas lentes da relação jurídica, sempre enquadrada entre um direito subjetivo ao qual corresponde um dever jurídico. Enquanto tradicionalmente esta lente esta voltada à prestação, numa visão constitucionalizada e funcionalizada mister que se passe a dar ênfase à figura dos contratantes enquanto sujeitos concretos na sua individualidade, porém também parte da sociedade.

Mais ainda, especificamente aqui no Direito das Obrigações, a realidade mostra que o pensamento da civilística clássica é falível no sentido de que não é suficiente qualificar a relação obrigacional através de uma interlocução fechada no binômio “credor x devedor” ou mesmo pela oposição entre um dever jurídico e um direito subjetivo.

O surgimento da noção de direito subjetivo, segundo aponta Ricardo Marcelo FONSECA, está justamente no período de transição entre o Medievo e a Modernidade, quando “de fato, os direitos subjetivos começam a aparecer como sendo atribuídos pela natureza a cada homem, dando livre curso aos seus impulsos racionais, estando, portanto, ligados à personalidade, à sua defesa, à sua manutenção e ao seu desenvolvimento.”<sup>31</sup>. E esta idéia, por estar na base do estatuto jurídico da Modernidade, também vem sendo revista para passar a compreender situações jurídicas subjetivas, como ensina Pietro PERLINGIERI “a relação não está na ligação entre direito subjetivo, de um lado, e dever ou obrigação, do outro. É difícil imaginar

---

<sup>29</sup> FACHIN, L.E. *op.cit.*, p. 82.

<sup>30</sup> FACHIN, L.E. *op.cit.*, p. 26.

<sup>31</sup> FONSECA, R.M. *Modernidade e Contrato de Trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002, p. 52

direitos subjetivos que não se justificam no âmbito de situações mais complexas, das quais fazem parte também deveres, ônus, obrigações (...)"<sup>32</sup>.

No plano obrigacional, há de se observar a existência de uma complexa gama de situações jurídicas compreendidas na relação para além das partes (sujeito) e objeto, tais como ônus, sujeições e deveres de garantia. Mesmo os deveres obrigacionais devem ser revistos para deixar de representar um único feixe de contraposição, como acima explanado, para compreender a existência de deveres obrigacionais principais, secundários e laterais.

Evidente é a chamada crise da civilística no final do século XX já que “todos os primados do Direito chamado moderno, seus fundamentos, o direito individual como direito subjetivo, o patrimônio como bem jurídico, a livre manifestação da vontade, estão abalados” sendo “ (...) tão visível a crise do Estado moderno e do seu Direito, que não há mais quem defenda a sua manutenção tal como está”<sup>33</sup>.

Em que pese a constante crítica à Modernidade e, conseqüentemente aos seus pilares, no campo jurídico a noção abstrata de sujeito de direitos continua em voga, circulando no “âmbito do discurso jurídico com uma desenvoltura impressionante” (verificar a página). Afirma Ricardo Marcelo FONSECA que “no âmbito dos ‘contratos’ as premissas de igualdade e autonomia dos ‘sujeitos de direito’ é quase indiscutível, e quando o direito detecta que a igualdade pressuposta não existe (como no caso das relações de emprego e relações de consumo, por exemplo), o próprio direito insere mecanismos nos contratos para, ao contrabalançá-los, restabelecer a plena igualdade entre as partes”.<sup>34</sup> É imprescindível que se reconheça, em identidade com o pensamento do autor, que a crítica a Modernidade realmente parece não ter atingido o âmbito do Direito como o fez nas demais ciências, como a filosofia e sociologia. No entanto, parece que o novo texto legal do Código Civil, assim como os anseios de releitura do Direito Civil pelo viés Constitucional, reclamando pela transformação do

---

<sup>32</sup> PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p.116.

<sup>33</sup> SOUZA FILHO, C.F.M. *Os Direitos invisíveis*. In: OLIVIERA, F. e PAOLI, M.C. (org) *Os sentidos da democracia. Políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999, p. 307 e 308.

<sup>34</sup> FONSECA, R.M. *op.cit*, p. 20.

sujeito abstrato em sujeito concreto e integrante da sociedade, acaba por dar ao aplicador e estudioso do Direito grandes ferramentas aptas a operar, especificamente aqui no âmbito dos contratos, uma verdadeira guinada a partir da revisão dos paradigmas de estudo e fundamentos do contrato na sua perspectiva contemporânea. E dentro deste pensamento insere-se a função social do contrato, como consequência direta da funcionalização constitucional da propriedade, o equilíbrio contratual e o grande princípio da boa-fé. Isso não quer dizer que a Modernidade tenha sido em definitivo superada mas sim que há movimentos de crítica que trazem novas perspectivas e horizontes para a gestação de sua superação.

Parte deste movimento pode ser compreendido na revisão do Direito Civil clássico, no Brasil operada tanto com a construção principiológica da Constituição da República de 1988, quanto pela edição do Código Civil de 2002, já que ambos os diplomas, em especial a Constituição, acabaram por romper em definitivo com a noção clássica de propriedade privada (pelo menos do ponto de vista legal, ficando sempre a indagação se a atividade jurisdicional conseguiu captá-la em sua completude), que passou a ser funcionalizada<sup>35</sup>. Mais ainda, a Constituição da República é responsável por recolocar o indivíduo, como sujeito concreto e histórico, porém parte integrante da sociedade, e sua tutela no centro do ordenamento, ao proclamar expressamente a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito.

Numa ordem constitucionalizada, em que o Código Civil deixa de ser a única, principal e central fonte reguladora das relações interprivadas, todo o estudo do Direito Civil deve ser feito com vistas a efetivar os princípios emanados da Constituição, com especial atenção à realização da dignidade da pessoa, tomada como pessoa concreta em oposição à figura ideal, igual e livre, construída na Modernidade. No mesmo sentido

---

<sup>35</sup> Há uma conexão entre contrato e propriedade já que aquele se presta ao trânsito jurídico dos bens. Nas palavras de Enzo ROPPO: “Em toda uma tradição do pensamento jurídico-político oitocentista, destinada a perpetuar a sua influência também no século seguinte, *liberdade e propriedade* estavam, de facto, associadas à maneira de um binómio indissolúvel: a propriedade (privada) é o fundamento real da liberdade, o seu símbolo e a sua garantia relativamente ao poder público, enquanto, por sua vez, a liberdade constitui a própria substância da propriedade, as condições para poder usá-la conformemente com a sua natureza e com as suas funções; sem propriedade, em suma, não há liberdade, mas inversamente, não pode haver propriedade dissociada da liberdade de gozá-la, de dela dispor, de transferi-la e fazê-la circular, sem nenhum limite (e portanto dissociada da liberdade de contratar)” (ROPPO, E. *op.cit.*, p. 43).

Judith MARTINS-COSTA, ao expressar que a funcionalização do contrato nada mais é do que a projeção no plano contratual do valor constitucional da função social da propriedade (art. 5º, XXIII) já que “o contrato tem, entre outras funções, a de instrumentalizar a aquisição da propriedade”<sup>36</sup>.

Não é possível negar que o contrato não saiu ileso frente às transformações ocorridas no estudo do direito civil diante da insuficiência das teorias e estatutos clássicos uma vez que a liberdade e a livre iniciativa não podem ser colocadas à margem da dignidade da pessoa humana e da solidariedade social<sup>37</sup>. A contemporaneidade trás novos contornos e pugna por um novo conceito contratual, pautado, ao lado dos ditos princípios clássicos, também pela função social, o equilíbrio contratual e boa-fé. A crise vivenciada nos institutos de direito civil e na clássica divisão entre direito público e privado reflete-se também na crise da sistematização fechada no Código<sup>38</sup>.

## ***1.2 Constitucionalização do Direito Civil. Normatividade dos Princípios Jurídicos e modificações no âmbito do direito contratual***

A transformação do Estado Liberal ao Estado Social, no Brasil muito bem representada pela Carta Política de 1988<sup>39</sup>, implica na compreensão de que ao Estado, que antes era apenas coadjuvante das relações privadas, conferiu-se deveres de atuação para satisfação dos valores ali dispostos como, a título exemplificativo, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º). E a emergência de um

---

<sup>36</sup> MARTINS-COSTA, J., *op.cit*, p. 351.

<sup>37</sup> NALIN, P. *op.cit*, 87.

<sup>38</sup> Veja-se neste sentido a lição de Luiz Edson FACHIN ao propor uma Teoria Crítica do Direito Civil já que “A assim denominada teoria geral do Direito Civil, como se depreende dessa biografia, tradicionalmente se assentou em algumas categorias fundamentais, como a do sujeito de direito, do objeto, de dever jurídico; conceitos estes que podem abrir a perspectiva de um aprofundamento crítico acerca do Direito Civil, num arco que sai do clássico e alcança o contemporâneo” (FACHIN, L.E. *op.cit*, p. 52)

<sup>39</sup> TEPEDINO, G. *op.cit*, p. 203. Sobre o Estado Liberal afirmou Fernando NORONHA ser ele “(...) a forma política de uma sociedade visceralmente individualista” (NORONHA, F. *O Direito dos contratos...*, p. 69).

Estado Social leva à releitura da autonomia da vontade<sup>40</sup> que hoje encontra sua base na livre iniciativa proclamada pela Constituição da República como fundamento da República (art. 1º, IV) e também da ordem econômica (art. 170, *caput*), porém somente autorizada “enquanto funcionalizada pela justiça social”<sup>41</sup>. Ou seja, compreende-se que à liberdade contratual são impostos princípios e valores superiores sem que isso importe no aniquilamento da esfera de vontade do sujeito. Estado Social e a releitura da autonomia da vontade estão fundados no mesmo momento histórico.

Mas ainda mais importante é a constatação que o tratamento de questões eminentemente privadas no corpo da Constituição representa transmutar-se para ela (a Constituição) o núcleo de todo o estudo do Direito e também do direito contratual. Neste sentido ensina NALIN ao afirmar que “ler o Código Civil, à luz da Constituição, encarta a função, aqui empregada, de atual paradigma do contrato. Implica o distanciamento do individualismo e da patrimonialidade contratual (...)”<sup>42</sup>.

Observe-se também que esta mudança ocorreu juntamente com uma gradativa transformação do método de interpretação e aplicação do Direito. Conforme Fernando NORONHA, no método típico do positivismo, a jurisprudência de conceitos “o ordenamento jurídico, dizia-se, completava-se a si mesmo: era o dogma da ‘plenitude lógica’ deste. Não haveria, portanto, necessidade de apelar para necessidades sociais, ou valores ético-sócio-culturais, que seriam ‘considerações extrajurídicas’”. Abriu-se relativamente o método com a jurisprudência de interesses que se baseia no fato de que

---

<sup>40</sup> Observe-se a lição de Paulo Luiz NETO LOBO, para quem “é de maior importância estudar o papel que a vontade desempenha nos contratos do Estado social, onde a relação indivíduo-indivíduo é tornada irrelevante” (NETO LOBO, P.L. *op.cit.*, p. 33).

<sup>41</sup> NALIN, P., *op.cit.*, p. 95.

<sup>42</sup> NALIN, P., *op.cit.*, p. 36. É muito interessante a abordagem que faz Teresa NEGREIROS acerca da leitura civil-constitucional: “Considerando a mencionada textura aberta dos princípios constitucionais em comparação à técnica predominantemente casuística presentes nos Códigos, a valorização da Constituição contribui justamente para a renovação das técnicas de interpretação que passam a ser utilizadas pelo intérprete do direito civil. Basta lembrar que os princípios jurídicos se supunham mera fonte subsidiária de integração (art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, Decreto-lei nº 4.657/42). Diversamente, posta a Constituição no centro do sistema jurídico, os vários princípios nela inscritos assumem plena força normativa. A reconstrução do sistema de direito privado com base nos princípios constitucionais não é compatível com as técnicas dedutivísticas, pelo fato, exatamente, de tais princípios – como princípios que são – não se aplicarem através do método da subsunção lógico-formal” (NEGREIROS, T. *op.cit.*, p. 93).

“se toda norma jurídica é editada para prevenir ou resolver conflitos entre os homens, é preciso conhecer os interesses que lhe estão subjacentes, para saber a qual deles a norma dá prevalência” que permanecia, no entanto, vinculada ao positivismo já que presa às normas jurídicas “‘postas’ pelo legislador histórico, procurando descobrir que interesses lhes estavam subjacentes para, a partir da determinação do prevalecente, apurar o sentido delas”<sup>43</sup>.

Por fim, chegou-se à chamada jurisprudência de valores com a compreensão de que “atrás dos interesses estão valores, e são estes (ou os princípios ético-jurídicos em que eles se traduzam) que devem orientar todo o pensamento jurídico” <sup>44</sup>, evidenciando a importância dos princípios de direito.

É na Constituição que se encontram os valores jurídicos que devem orientar todo o ordenamento, sendo que valores e princípios ali dispostos têm indiscutível aplicabilidade ao Direito Civil e, por consequência, também ao direito obrigacional.

Ao se reconhecer este lugar de destaque à Constituição da República também se está reconhecendo a importância dos princípios gerais de direito ali consubstanciados, já que a Constituição é, por sua própria natureza, repleta de valores e princípios. Se a normatividade dos princípios já foi amplamente discutida, ao menos quanto àqueles de fonte constitucional parece a discussão carecer de controvérsia, visto ser incontestável, nas palavras de Paulo BONAVIDES, que “os princípios, uma vez constitucionalizados, se fazem a chave de todo o sistema normativo”<sup>45</sup>. Enfim, as normas constitucionais, e aqui se incluindo os princípios e valores, ainda que programáticas, têm normatividade, nos dizeres de Gustavo TEPEDINO:

“A Constituição Federal cuidou analiticamente de diversos institutos do direito privado, embora tenha tido o cuidado de fixar em seus quatro primeiros artigos, os fundamentos e os princípios da República, de molde a vincular o legislador infraconstitucional e o intérprete a uma reunificação axiológica que independa da regulamentação específica de cada um dos setores do ordenamento. É preciso pois superar os velhos limites das doutrinas de direito constitucional tendentes a restringir a atuação das chamadas normas programáticas, não auto-aplicáveis. Toda regra constitucional é norma jurídica com efeitos imediatos sobre o ordenamento infraconstitucional.”<sup>46</sup>

---

<sup>43</sup> NORONHA, F. Direito das Obrigações..., p. 103

<sup>44</sup> NORONHA, Fernando. *Ibidem*, p. 105.

<sup>45</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 258.

<sup>46</sup> TEPEDINO, G. *op.cit*, p. 205.

Parece evidente e, portanto, de pouca relevância prática (re)discutir a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao Direito Civil. A questão que aqui se toma, superada a análise constitucional, é a defesa de que princípios gerais de direito ainda que não estabilizados na Constituição (ou em outro corpo legal) têm normatividade.

Disserta Miguel REALE serem os princípios “enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber”<sup>47</sup>. Eles podem referir-se a todos os campos da ciência, somente a alguns deles ou a um campo específico, e especificamente no campo jurídico existem os princípios gerais de direito, “enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, que para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo de pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática”<sup>48</sup>.

Evidentemente que, uma vez estabilizados em texto legal, não é possível negar a vigência de um princípio geral de direito. E é exatamente isso que acontece com o art. 422 do Código Civil Brasileiro de 2002 que expressamente proclama a boa-fé, *in verbis* “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

No entanto, no atual momento de estudo do Direito Civil e Constitucional, ainda que a boa-fé não estivesse expressa no texto do Código Civil não estariam os contratantes autorizados a desprezá-la, “tendo em vista a função estruturante deste princípio que, antes de ser positivo do ordenamento jurídico, desde a *bona fides* romana, sempre foi geral do Direito, ou, ao menos, geral do Direito Civil”<sup>49</sup>.

Veja-se também neste sentido a lição de Clovis do COUTO E SILVA, ao tratar da boa-fé em seu estudo sobre a Obrigação como Processo ainda na vigência do Código de 1916 e antes mesmo da Constituição de 1988, afirmando que “(...) a inexistência, no Código Civil, de artigo semelhante ao § 242 do BGB (*Bürgerliches*

---

<sup>47</sup> REALE, M., *Lições ...*, p. 299

<sup>48</sup> REALE, M., *Ibidem*, p. 300.

<sup>49</sup> NALIN, P. A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico (Ensaio Doutrinário). Curitiba, 2003, p. 22.

*Gesetzbuch*) não impede que o princípio tenha vigência em nosso direito das obrigações, pois se trata de proposição jurídica, com significado de regra de conduta”<sup>50</sup>.

No entanto, em conformidade com o entendimento de Judith MARTINS-COSTA, parece que a inclusão do princípio da boa-fé numa cláusula geral no novo Código Civil facilita sua aplicação, uma vez que “na falta de uma cláusula geral que sirva de ‘elemento de conexão’, o exame do caso concreto torna-se mais difícil e, fundamentalmente, assistemático. Aqui a grande função das cláusulas gerais, que vale a pena sublinhar”<sup>51</sup>.

Paulo BONAVIDES, afirma que o grande passo dado pela doutrina contemporânea em relação aos princípios é justamente o reconhecimento de sua normatividade. Observe-se que “dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal”<sup>52</sup>. Desta forma, estando ou não estabilizados em normas legais, os princípios gerais de direito têm eficácia e devem ser utilizados para interpretação e aplicação do Direito. E é neste sentido a célebre lição de Norberto BOBBIO para quem

“os princípios gerais são apenas, ao meu ver, normas fundamentais ou generalíssimas do sistema, as normas mais gerais. A palavra princípios leva a engano, tanto que é velha questão entre juristas se os princípios gerais são normas. Para mim não há dúvida: os princípios gerais são normas como todas as outras. E esta é também a tese sustentada por Crisafulli. Para sustentar que os princípios gerais são normas, os argumentos são dois, e ambos válidos: antes de mais nada, se são normas aquelas das quais os princípios gerais são extraídos, através de um procedimento de generalização sucessiva, não se vê por que não devam ser normas também eles: se abstraio de espécie animal obtenho sempre animais, e não flores ou estrelas. Em segundo lugar, a função para qual são extraídos e empregados é a mesma cumprida por todas as normas, isto é, a função de regular um caso. E com que finalidade são extraídos em caso de lacuna? Para regular um comportamento não-regulamentado: mas então servem ao mesmo escopo a que servem as normas expressas. E por que não deveriam ser normas?”<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> COUTO E SILVA, C. *op.cit.*, p. 30.

<sup>51</sup> MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 343.

<sup>52</sup> BONAVIDES, P. *op. cit.*, p. 265.

<sup>53</sup> BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª ed., 1996, p. 159.



Enfim, não mais se sustenta a função supletiva dos princípios gerais do direito, pugnada pela Lei de Introdução ao Código Civil que em seu art. 4º determina serem os princípios gerais de direito fonte mediata e só aplicáveis depois da analogia e dos costumes e com o fim precípua de integrar as lacunas do ordenamento. Pondera Miguel REALE que “para essas lacunas há a possibilidade do recurso aos princípios gerais de direito, mas é necessário advertir que a estes não cabe apenas essa tarefa de preencher ou suprir as lacunas da legislação”<sup>54</sup>.

Evidente que uma leitura positiva do texto da lei de introdução estaria a perpetuar a idéia de código fechado e nunca aberto, razão pela qual a própria função dos princípios no direito deve ser revista. Não é crível que se reduza sua função à mera completude do ordenamento, ainda mais quando se observa que “toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico”<sup>55</sup>. No plano contratual, e como pressuposto para a análise a que se propõe o presente trabalho, a boa-fé ocupa exatamente a função de alicerce e viga mestra do contrato em sua nova formulação<sup>56</sup>.

Antes de estudá-la, porém, convém analisar as cláusulas gerais do Novo Código Civil já que estas operam a abertura do sistema, na tentativa de superar a crise por qual passou (ou passa?) o Direito Civil como um todo, em especial com referência a suas categorias abstratas, propondo que se coloque “no núcleo das preocupações menos uma leitura exegética e formal da espinha dorsal do direito privado e mais um conjunto de princípios não necessariamente constantes da codificação”<sup>57</sup>.

### **1.3 Cláusulas Gerais: a abertura do Código.**

---

<sup>54</sup> REALE, M. *Lições...* p. 300.

<sup>55</sup> REALE, M. *Ibidem*, p. 311.

<sup>56</sup> E, neste ponto, faço minhas as palavras de Paulo NALIN ao afirmar que “Para efeito deste trabalho, evidencia-se a fonte principiológica como indispensável para a gestão ordenada do sistema, além do seu papel como fonte direta, sem embargo de outras, igualmente importantes, para realizarem tal co-gestão, incluindo o Código Civil, na medida em que ele estabiliza inúmeros princípios do Direito, dentre os quais a boa-fé” (NALIN, P. (org.) *Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual*. Vol. 01, Curitiba: Juruá, 2004, p. 17).

<sup>57</sup> FACHIN, L.E. *op.cit.*, p. 52

Ao tratar sobre as funções da codificação, Tércio Sampaio FERRAZ JUNIOR afirma que por meio da generalização contida nos Códigos “obtem-se uma *relativa liberdade situacional* que reduz a necessidade de se discutir, *de caso para caso*, a orientação comum (...) gerando *expectativas comuns e comportamentos correspondentes*”<sup>58</sup>. No entanto, esta mesma generalização que de um lado traz segurança, “cria o risco de que as possibilidades oferecidas *pela situação concreta* não sejam aproveitadas: o preço da generalização é a inflexibilidade relativa dos códigos”. Era exatamente este o ideário codificador francês, que se refletiu em grande parte na tardia codificação civil brasileira de 1916 já que enquanto a maior parte da Europa “a profunda renovação derivada da Revolução Francesa se traduziu numa radical renovação legislativa expressa nos Códigos do século XIX, todos um pouco filhos do código napoleônico, no Brasil se passava diretamente (...), no direito civil, do sistema das Ordenações Filipinas ao Código Civil de 1916”<sup>59</sup>.

Trata-se de um código fechado à experiência, que tinha como pretensão abarcar em seu bojo todas as situações da vida real, um Código Total, com pretensão de plenitude lógica e completude legislativa<sup>60</sup>, voltado à segurança jurídica. Como aponta o professor Gustavo TEPEDINO, o Código de 1916 refere-se à época marcada pelo individualismo em que o Código Civil era tido como a “Constituição do direito privado” destinado a regular “através de situações-tipo, todos os possíveis centros de interesses jurídicos de que o sujeito privado viesse a ser titular”<sup>61</sup>. E neste contexto, conforme já exposto linhas acima, a função dos princípios gerais de direito era relegada ao mero preenchimento de lacunas, sempre com o objetivo de se manter o Código fechado e completo.

Por mais que o art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil ainda continue vigente, alterou-se a própria estrutura do Código Civil que, por meio de cláusulas gerais integrou definitivamente os princípios gerais de direito, e aqui se refere especialmente à

---

<sup>58</sup> FERRAZ JR, T. S. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003, p. 47.

<sup>59</sup> ASCARELLI, T., *Sguardo sul Brasile*, Milano: Giuffrè, 1949.

<sup>60</sup> MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes...*, p. 116.

<sup>61</sup> TEPEDINO, G. *op.cit.*, p. 03. Também muito interessante a afirmação de Teresa NEGREIROS de que “o Código Civil é a ‘autobiografia’ do indivíduo burguês” (NEGREIROS, T. *op.cit.*, p. 14).

boa-fé, ao texto legal. Veja-se a este respeito Paulo NALIN, ao afirmar que “a boa-fé, neste espaço jurídico, acaba tomando uma dimensão ímpar, pois é a partir dela que se impõe o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (inc. III, art. 1º), frente ao também princípio constitucional da livre iniciativa (inc. IV, art. 1º)<sup>62</sup>”.

Parece clara a deficiência de um código pretensamente total já que a própria dinamicidade das relações humanas impõe uma oxigenação de idéias no campo do Direito. Ao se operar o fechamento do código, compreendendo-o como instrumento estático, opera-se seu desligamento da experiência dinâmica da vida. A compreensão da importância principiológica não apenas para integração de eventuais lacunas, mas também (e principalmente) para a própria aplicação do Direito, funciona como abertura do até então modelo codificador fechado e se dá no Código Civil de 2002 por meio da técnica de cláusulas gerais.

### **1.3.1 Das diretrizes do Novo Código Civil**

Conforme indica Miguel Reale, supervisor da Comissão elaboradora e revisora do Anteprojeto do Código Civil, hoje Código Civil de 2002, a nova codificação vem marcada por três princípios fundamentais: a eticidade, socialidade e operabilidade, compreendidos todos ao lado da diretriz sistemática que, por sua vez, “assegura a sua unidade lógica e conceitual, o que visa assegurar um *minimum* de segurança jurídica pela regulação coordenada dos comportamentos sociais desenvolvidos na esfera privada”<sup>63</sup>. Ou seja, a diretriz sistemática (e as cláusulas gerais) permitem “a constante incorporação – e solução – de novos problemas, seja por via da construção jurisprudencial, seja por ter a humildade de deixar ao legislador, no futuro, a tarefa de progressivamente complementá-lo”<sup>64</sup>. Deste modo o juiz deixa de ser mero aplicador lógico do contido no código para passar a ser aquele que vai dar contornos às situações descritas nas cláusulas gerais.

---

<sup>62</sup> NALIN, P. *Do contrato...*, p. 97

<sup>63</sup> MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes...*, p. 117.

<sup>64</sup> MARTINS-COSTA, J. *Ibidem*, p. 118.

De fato, conforme se defendeu linhas acima, abre-se o sistema para idéia de que o Direito não pode ser compreendido senão conectado à sociedade que o cria e mais, que justifica sua existência. Também neste sentido as lições de Paulo NALIN, ao afirmar que “é a constatação de que o sistema jurídico não pode ser encartado fora do contexto de valores materiais e históricos, de nada servindo para a efetividade do ordenamento jurídico as construções meramente abstratas de pensamento”<sup>65</sup>.

O princípio da eticidade tem como fundamento principal a superação do apego ao formalismo jurídico, evidentemente presente na Codificação de 1916. Reconhece-se “a indeclinável participação de valores éticos no ordenamento jurídico” e, para isso, servem as cláusulas gerais “a fim de possibilitar a criação de modelos jurídicos hermenêuticos, quer pelos advogados, quer pelos juízes, para contínua atualização dos preceitos legais”<sup>66</sup>.

À eticidade corresponde, indeclinavelmente, a análise concreta do caso, através da chamada *ética da situação* compreendida no art. 113 do Código Civil, pelo qual “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”, reclamando que o juiz observe a realidade do caso concreto.

Ainda, é de se notar que a exigência de uma compreensão ética do Direito também rompe com a pretensa neutralidade da norma apregoada pelos trabalhos do positivismo jurídico, que acabou por isolar “no tempo e no espaço cada sistema jurídico, para analisá-lo independentemente de suas relações com o meio social, das lutas de interesses, dos compromissos, das metas e dos valores da sociedade.” Tal visão, segundo Fernando NORONHA, vem sendo revista na atualidade através da busca de valores culturais da sociedade e princípios fundamentais que orientam as normas, em outras palavras, “... que alimentam o sistema jurídico, que o impregnam e que ele deve preservar – e reproduzir”<sup>67</sup> e, na concepção que aqui se adota, o princípio maior é proteção da pessoa humana sempre entendida com vistas à satisfação dos anseios da

---

<sup>65</sup> NALIN, P. *Do contrato*..., p. 59.

<sup>66</sup> REALE, M. *Visão Geral do Novo Código Civil*. in: Novo Código Civil Brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 3 ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

<sup>67</sup> NORONHA, F. *Direito dos contratos*..., p. 31.

socialidade. A necessidade de conduta ética quebra a noção individualista do contrato na concepção clássica (e liberal, portanto) a partir do reconhecimento de que “a pessoa deve agir, não apenas com os outros, mas para os outros”<sup>68</sup>.

Desta forma, as diretrizes da eticidade e da socialidade estão conectadas entre si formando um conjunto para hermenêutica do Código, já que esta última refere-se ao abandono da noção estritamente individualista do Direito e, no plano dos contratos, é consagrada com o art. 422 que dispõe sobre a função social do contrato. Mister reconhecer que, como instrumento para circulação da propriedade já funcionalizada constitucionalmente, o contrato desempenha “função que transpassa a esfera dos meros interesses individuais, atribuindo-se ao exercício do poder negocial também funções positivas e negativas”<sup>69</sup>.

Neste sentido, há de se compreender o contrato para além de um mero exercício da liberdade individual, já que esta só se justificará quando este cumprir a função social para o qual é concebido. E cumprir a função social passa, necessária, mas não exclusivamente, pela observância do princípio da boa-fé, nítida cláusula geral do direito brasileiro. Em outras palavras só se cumprirá a função social do contrato se neste for observada a boa-fé, embora a observância desta não leve à conclusão contrária, qual seja, de que contrato cumprido com boa-fé necessariamente cumpra sua função social. São estas duas noções, de fato, as cláusulas gerais de maior importância para o estudo do direito obrigacional, quais sejam, as consubstanciadas no art. 421 que expressamente declara a função social do contrato, e a do art. 422 que dispõe que os contratantes devem observar os princípios da probidade e da boa-fé<sup>70</sup>.

Mais ainda, pela diretriz da socialidade o indivíduo que merece proteção é exatamente aquele repersonalizado, entendido dentro de um contexto social, cuja dignidade como pessoa humana é um dos fins maiores na ordem constitucionalizada, senão o maior. E o reconhecimento de que a conduta dos contratantes deva ser não só

---

<sup>68</sup> ASCENSÃO, J. O. *O direito: introdução e teoria geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 1994, p. 15. Apud NALIN, P. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, L.E. (coord.) *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 177

<sup>69</sup> MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes...* p. 157.

<sup>70</sup> Veja-se que Judith MARTINS-COSTA considera a cláusula geral de boa-fé “no âmbito do direito obrigacional, o mais paradigmático exemplo desta mobilidade sistemática proporcionada pela técnica da cláusula geral (...)” (MARTINS-COSTA, J. *Ibidem*, p. 342).

ética, mas também marcada pelo desapego ao individualismo, uma vez que a solidariedade social é que está em lugar de destaque, reforça ainda mais a idéia apontada acima de que à liberdade contratual são impostos valores e princípios superiores que redefinem sua atuação.

Por fim, a operabilidade está ligada ao estabelecimento de “soluções normativas de modo a facilitar sua interpretação e aplicação pelo operador do Direito” e também ligada à técnica das cláusulas gerais “cuja aplicação *in concreto* caberá ao juiz decidir, em cada caso ocorrente, à luz das circunstâncias ocorrentes (...)”<sup>71</sup>. De fato as cláusulas gerais atuam, segundo Judith MARTINS-COSTA na abertura e mobilidade do sistema jurídico, tanto no plano externo (com inserção de elementos extrajurídicos) quanto no plano interno (promovendo o retorno para disposições interiores ao sistema)<sup>72</sup>. Ainda em 1987, Clovis do COUTO E SILVA escreveu ser a figura de um Código Civil elemento

“indispensável à preservação da unidade ideal do próprio direito privado (...). O CC, como Código central, é mais amplo que os CC tradicionais. É que a linguagem é outra e nela se contém ‘cláusulas gerais’, um convite para uma atividade judicial mais criadora, destinada a complementar o *corpus juris* vigente, com novos princípios e normas. O Juiz é, também, um legislador para o caso concreto. E, nesse sentido, o CC adquire, progressivamente, maiores dimensões do que os Códigos que têm a pretensão, sempre impossível de ser atingida, de encerrar em sua disposição o universo do direito”<sup>73</sup>.

É neste contexto que Gerson BRANCO, ao dissertar sobre as diretrizes teóricas do código, afirma que “o Novo Código Civil é muito mais alicerce do que telhado”<sup>74</sup>, tendo o jurista e o aplicador do direito liberdade para atuar e definir seu conteúdo.

Esta definição é exatamente o objeto de estudo do presente trabalho, em referência à cláusula geral de boa-fé estabilizada no art. 422 do Código Civil ao determinar que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé”, alertando-se desde já que se compreende que a delimitação da aplicação da boa-fé feita por referido artigo, especificamente quanto à conclusão e execução do contrato, não se justifica,

---

<sup>71</sup> REALE, M. *Visão....*, p. 16.

<sup>72</sup> MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes....*, p. 341.

<sup>73</sup> SILVA, C.V. C.e. *O direito Civil Brasileiro....*, p. 149.

<sup>74</sup> BRANCO, Gerson. *Diretrizes....*, p. 81.

devendo o princípio ser observado em todas as fases contratuais. Dentre as várias funções exercidas por este princípio, elegeu-se para estudo sua capacidade de criar deveres para além do objeto principal do contrato, os chamados deveres de conduta.

Ainda, observe-se que ao alertar para o cumprimento contratual conforme a boa-fé, o art. 422 em nada dispõe sobre qual sanção a ser aplicada caso não seja observado. Trata-se efetivamente de uma cláusula geral a ser completada pela atividade doutrinária e jurisprudencial, razão pela qual se justifica o presente estudo alertando, nas palavras de Judith MARTINS-COSTA que o reconhecimento por parte da doutrina e da jurisprudência das potencialidades das cláusulas gerais do Código Civil de 2002 é imprescindível, sob pena de torná-las “(...) fórmulas vazias, preceitos destituídos de valor vinculante ou meros conselhos ao intérprete, como poderiam parecer a um pensamento exegético”<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 350.

## 2. DA BOA-FÉ

É a boa-fé nitidamente um princípio geral de direito<sup>76</sup>, com aplicabilidade às mais diversas situações e ramos jurídicos. Porém, indiscutivelmente há de se reconhecer que atualmente é no plano do direito obrigacional que seu estudo mais se justifica, precisamente quando se observa que referido princípio está estabilizado no texto do Código Civil em mais de um dispositivo justamente na parte de Obrigações, sendo o grande princípio contemporâneo em matéria obrigacional.

Para a análise que segue, parte-se do pressuposto de que no estudo da boa-fé depositam-se as esperanças propugnadas pelas diretrizes do Código Civil, em especial a socialidade e a eticidade, assim como pelos anseios de releitura do Direito Civil clássico à luz da Constituição e de valores do sujeito histórico e socialmente colocado, uma vez que, conforme assentou Paulo NALIN, trata-se de “um tema quente, impulsionado pelos anseios sociais, encontrando-se na boa-fé uma segura fonte normativa, a partir da qual o Direito Civil pode ser ensinado e aplicado, em especial, por força do conteúdo ético-social que traz consigo”<sup>77</sup>. Ainda, e também conforme entendimento do mesmo autor, é a boa-fé, juntamente com os novos princípios contratuais, o cimento da nova ordem contratual<sup>78</sup>.

Há também de se reconhecer, conforme alerta de Luis DíEZ-PICAZO, ao prefaciар a obra de Franz Wieacker, que a idéia simplista da boa-fé é diversa de seu conceito como princípio geral. Naquela, limita-se a descrever ou delimitar um feito, inserindo-se em numa multiplicidade de normas jurídicas, como afirmar que o

---

<sup>76</sup> Veja-se a respeito Fernando NORONHA ao afirmar que “A respeito desse princípio geral da boa-fé, que o Código Civil de 2002 passou a prever expressamente a propósito de contratos (quando no art. 422 determina que ‘os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios da probidade e boa-fé’), neste momento adiantaremos somente que a boa-fé nele considerada é a *boa-fé objetiva* ou *boa-fé regra de conduta*, que consiste no dever de agir conforme os padrões socialmente recomendados de lealdade, correção, lisura, nas relações estabelecidas com outras pessoas, para não frustrar as expectativas destas que sejam legítimas” (NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 82). Também neste sentido Antunes VARELA ao afirmar que o princípio da boa-fé “constitui um dos princípios gerais de direito solidamente enraizados” (VARELA, A. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10ª edição, revista e atualizada, 3ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra: Almedina, 2005).

<sup>77</sup> NALIN, P. *A boa-fé ...*, p. 03.

<sup>78</sup> NALIN, P. *Do contrato...*, p. 125.



matrimônio contraído de boa-fé produz efeitos civis ainda que seja declarado nulo. Outra coisa é compreendê-lo como um princípio geral de direito que se diz norma jurídica completa e geral ao qual

“todas las personas, todos los miembros de una comunidad jurídica deben comportarse de buena fé en suas recíprocas relaciones. Lo que significa varias cosas: que deben adoptar um comportamiento leal em toda la fase previa a la constitución de tales relaciones (diligencia in contraendo); y que deben también comportarse lealmente en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas ya constituidas entre ellos. Este deber de comportarse según buena fe se proyecta a su vez en las dos direcciones en que se diversifican todas las relaciones jurídicas: derechos e deberes. **Los derechos deben ejercitarse de buena fe; las obligaciones tienen de cumplirse de buena fe**”<sup>79</sup>.

É evidente que a noção que aqui se adota e estuda é a de boa-fé enquanto princípio geral de direito. Das referências ao princípio no Novo Código Civil três são as mais expressivas: o art. 113, art. 187 e art. 422, que serão estudados abaixo quando da menção às suas funções. Ainda, malgrado a disposição do art. 422, não mais se sustenta a idéia de que sua aplicação possa ser pontual, devendo-se reconhecer sua aplicação geral a todo o *inter* contratual, abrangendo inclusive a pré e a pós-contratualidade.

### ***2.1 A Boa-fé: princípio único com duas vertentes***

Em estudos preliminares sobre o Novo Código Civil afirmou Miguel REALE ser a boa-fé

“uma das condições essenciais da atividade ética, nela incluída a jurídica, caracterizando-se pela sinceridade e probidade dos que dela participam, em virtude do que se pode esperar que

---

<sup>79</sup> DÍEZ-PICAZO, P. In: WIEACKER, F. El principio general de la Buena fe. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986, p. 11-12. Tradução livre: todas as pessoas, todos os membros de uma comunidade jurídica devem comportar-se de boa-fé nas suas relações recíprocas. Isto significa várias coisas: que devem adotar um comportamento leal em toda a fase prévia à constituição de tais relações (diligência *in contraendo*); e que devem também se comportar lealmente no desenvolvimento da relações jurídicas já constituídas entre eles. Este dever de comportar-se segundo a boa-fé projeta-se, por sua vez, em duas direções em que se diversificam todas as relações jurídicas: direitos e deveres. Os direitos devem ser exercitados de boa-fé; as obrigações devem ser cumpridas de boa-fé”.

será cumprido e pactuado sem distorções ou tergiversações, máxime se dolosas, tendo-se sempre em vista o adimplemento do fim visado ou declarado como tal pelas partes”<sup>80</sup>.

Termina arrematando que a boa-fé é tanto forma de conduta quanto norma de comportamento, ou seja, compreende referido princípio sob dois ângulos distintos. Também neste sentido, Pablo DIEZ-PICAZO distingue o princípio da boa-fé entre sua concepção psicológica, referindo esta ao agir do sujeito que ignora o caráter ilícito de seu ato (concepção subjetiva, portanto) e a concepção ética que funciona como um *standart* ético (concepção objetiva, portanto)<sup>81</sup>.

Trabalha-se com a divisão da figura da boa-fé em duas vertentes: a subjetiva e a objetiva. Desde já é importante salientar que não se tratam de dois princípios jurídicos diversos, o que poderia ser compreendido pela menção ora à boa-fé objetiva ora à boa-fé subjetiva, mas sim a um único princípio que se exterioriza de duas formas distintas, já que, em identidade com o que afirmou Paulo NALIN, “não me parece concebível uma boa-fé objetiva destituída de intencionalidade e, logo, de crença (psicológica) de que está procedendo conforme a ética, sem violar o interesse alheio e a ordem jurídica”<sup>82</sup>.

O Código Civil de 1916, fruto do individualismo e do ideário codificador dos oitocentos, embora tenha recebido influência da codificação alemã de 1900 (BGB) especificamente quanto à parte geral, no âmbito dos contratos não captou em seu bojo a cláusula geral de boa-fé objetiva presente naquele ordenamento<sup>83</sup>, limitando-se a enunciar a boa-fé subjetiva em especial ao tratar sobre a usucapião. Diferentemente

---

<sup>80</sup> REALE, M. Estudos Preliminares do Novo Código Civil. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 77.

<sup>81</sup> DIEZ-PICAZO, P. *op.cit*, p. 13-14 .

<sup>82</sup> NALIN, Paulo. *A boa-fé...*, p. 27.

<sup>83</sup> Neste sentido a lição de Antonio Junqueira Azevedo ao trazer que “No direito brasileiro, a boa-fé nas relações entre particulares é um *princípio jurídico*, mas não está formulado como *regra* de aplicação geral. No Código Civil [referindo-se ao de 1916], elaborado sob o influxo das idéias pandectistas da segunda metade do século passado e cuja vigência se iniciou em 1º de janeiro de 1917, não há *regra genérica* que se refira expressamente à boa-fé na formação ou execução dos contratos, como as dos artigos ou parágrafos 1.134 do Código Civil francês, 242 do B.G.B., 1.337 do Código Civil italiano e 227, do Código Civil português. Há, nesta omissão do Código Civil brasileiro, um reflexo da mentalidade capitalista da segunda metade do século XIX, mais preocupada com a segurança da circulação e desenvolvimento das relações jurídicas do que com a justiça material dos casos concretos, porque a verdade é que o Código Comercial brasileiro, muito anterior ao Código Civil (o Código Comercial é de 1850), já tinha regra genérica sobre a boa-fé – é o art. 131, sobre *interpretação contratual*. AZEVEDO, A. J., *A boa-fé na formação dos contratos*. In: Revista da Faculdade de Direito USP. Volume 87, 1992.

ocorre no Código Civil Brasileiro de 2002 que consagra em definitivo a boa-fé objetiva no texto legal, sendo importante fazer menção que há cláusula geral de boa-fé no ordenamento jurídico brasileiro desde a edição do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) inscrita em seu art. 4º, III.

Não é de se estranhar que a boa-fé só recentemente passou a ser estudada, e especialmente tratada, como um importante princípio contratual, ao lado da autonomia privada e da função social, tendo sido há muito relegada à mera função interpretativa. Os ideais burgueses e a busca incessante por uma dita segurança jurídica, apoiada pela descrença na atividade jurisdicional, não davam espaços à aplicação da boa-fé em nosso ordenamento (para além de cânone interpretativo e, quem sabe, integrativo em caso de lacunas) que é, por sua essência, um conceito aberto. Conforme lição do mestre Orlando GOMES,

“a expressão *boa-fé* não tem, no particular, o sentido em que é usada no Direito das Coisas. Agir de boa-fé significa comportar-se como um homem correto na execução da obrigação (...) Ao se prescrever que as partes de uma relação obrigacional oriundas de contrato precisam proceder de *boa-fé*, quer dizer, que lhes cumpre observar comportamento decente, que corresponda à legítima expectativa do outro contratante”<sup>84</sup>.

Em linhas gerais, a boa-fé subjetiva refere-se ao plano interno e psicológico do sujeito que age considerando o estar fazendo lícitamente, ou seja, sem adentrar a esfera jurídica de outrem. Exemplo mais prático é o elemento “posse de boa-fé” exigido para cumprimento da usucapião ordinária, em que se exige que o possuidor possua a coisa considerando-a sua e, portanto, não considere estar violando o direito proprietário de outrem. Veja-se a este respeito o art. 1201 do Código Civil, *in verbis* “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa”. De fato, é especialmente no âmbito dos Direitos reais que a vertente subjetiva é mais facilmente verificada.

Judith MARTINS-COSTA afirma que a boa-fé subjetiva ‘tem o sentido de uma condição psicológica que normalmente se concretiza no convencimento do próprio direito, ou na psicológica de se estar lesando direito alheio, ou na adstrição ‘egoística’ à

---

<sup>84</sup> GOMES, O. *Obrigações*. 16ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 108.

literalidade do pactuado”. Evidente que a própria interpretação que se dá de um contrato pode ser contrária à boa-fé. Veja exemplo no clássico de William Shakespeare, o Mercador de Veneza, em que o judeu Shylock recusa-se a receber quantia maior do que a devida alegando para tanto que no seu “bond” (pacto) o inadimplemento teria como garantia uma libra da carne do devedor Antonio. A interpretação literal do acordado vai não só contra a boa-fé mas também encontra limites no exercício de direito subjetivo.

A boa-fé objetiva, no entanto, vai além da subjetiva e encontra parâmetro traçado no § 242 do Código Civil Alemão ao dispor que “o devedor está adstrito a realizar a prestação tal como o exija a boa-fé, com consideração pelos costumes do tráfego”<sup>85</sup>, consubstanciando verdadeira cláusula-geral de boa-fé naquele ordenamento. Trata-se de uma manifestação externa do princípio, aqui entendido como regra de conduta conforme padrões éticos e sociais<sup>86</sup> em que não se leva mais em conta o que o indivíduo internamente considera estar fazendo e sim o que ele externa através de sua ação, sendo um “dever de conduta contratual ativo”<sup>87</sup>. E é justamente esta vertente objetiva que é considerada, em expressão cunhada pela professora Judith MARTINS-COSTA, como o “topos subversivo”<sup>88</sup> do direito obrigacional, vez que vem a transformá-lo sensivelmente.

### **2.1.2 Da boa-fé na vertente objetiva: origens e conteúdo**

A boa-fé objetiva surge especialmente dos estudos acerca da disposição do § 242 do Código Civil Alemão<sup>89</sup>. Conforme aponta Jorge Cesa DA SILVA, a doutrina alemã foi, aos poucos, e com base neste dispositivo do BGB, utilizando o princípio

---

<sup>85</sup> Tradução de “Treu und Glauben als Gestaltungskriterium des Schuldverhältnisses – Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es esfordern”.

<sup>86</sup> NORONHA, F. *O direito dos contratos...*, p. 133.

<sup>87</sup> NEGREIROS, T.P.A.T. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 15.

<sup>88</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 409.

<sup>89</sup> No ordenamento jurídico alemão há diferenciação, inclusive quanto à nomenclatura, da boa-fé objetiva e subjetiva. Assim que “guter glauher” corresponde à vertente subjetiva e “Treu und Glauben” à vertente objetiva.

como criador de relações negociais de conduta e de deveres que devem ser seguidos “aclarando o conteúdo positivo da noção de boa-fé e integrando esse material entre as normas”<sup>90</sup>. A concepção objetiva do princípio, portanto, “goza de um poder de geração de obrigação, evidentemente, não aquela obrigação dita principal, *causada* pelo negócio (...) mas, sim, de correlata ao negócio jurídico”<sup>91</sup>.

Segundo ensinamentos de Karl LARENZ, os primeiros estudos sobre o princípio nasceram da problemática que preocupou a jurisprudência alemã e européia depois da I Guerra Mundial quanto a até que ponto se pode afetar contratos obrigatórios pendentes, isto é, não cumpridos pelas partes em sua totalidade. Como o Código Civil Alemão não soluciona especificamente os problemas surgidos, como nos casos de modificação de circunstâncias econômicas, sociais e políticas,

“la jurisprudencia alemana se há esforzado durante la primeira guerra mundial y después de ésta por lograr sentencias objetivamente justas, en un principio mediante uma interpretación extensiva del concepto de imposibilidad de la prestación del § 275 del Código civil (es decir, de la denominada ‘imposibilidad económica’); posteriormente, mediante la ‘interpretación integradora del contrato’ (§175 del C.c), y, finalmente, **dante la aplicación inmediata del principio de la ‘buona fe’ expresado em el § 242 del Código civil**” (grifou-se)<sup>92</sup>.

Apontadas por Judith MARTINS-COSTA, as idéias que animaram a boa-fé germânica são, em suma, sua compreensão enquanto “(...) regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado”<sup>93</sup>. Conforme os ensinamentos de Teresa NEGREIROS, as idéias de conduta leal e confiável (*Treu und Glauben*, para os alemães) configuram-se como o substrato

---

<sup>90</sup> SILVA, J. C. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 48. O mesmo autor também avalia que ocorreu na Alemanha um movimento para viabilizar um núcleo de significação positiva da boa-fé que resultou na a “verificação da múltipla incidência do princípio da boa-fé (na fase pré-contratual, ao longo do desenvolvimento do vínculo e mesmo após a execução dos deveres de prestação), a constatação da ‘confiança’ como um dos valores agregados ao conceito e à visualização da relação obrigacional como relação jurídica complexa” (p. 35).

<sup>91</sup> NALIN, P. *A boa-fé...*, p. 26.

<sup>92</sup> LARENZ, Karl. *Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos*. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956, p. 01.

<sup>93</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 412.

da boa-fé, numa dupla fundamentação: viabilizar a justiça e segurança das relações intersubjetivas<sup>94</sup>.

Segundo Antonio MENEZES CORDEIRO “o sentido inicial da boa-fé no BGB orbita em torno destes dois centros: a boa fé subjectiva constitui um expediente técnico para exprimir, em situações complexas, elementos atinentes ao sujeito; a objectiva traduz o esforço material do contrato”<sup>95</sup>. Exige-se do contratante um comportamento conforme a boa-fé, para além, portanto, de seu plano subjetivo com o cuidado de não desconsiderar a boa-fé como princípio único porém dotado de duas faces, sendo inseparáveis seus conteúdos subjetivo e objetivo<sup>96</sup>.

Francesco GALGANO, ao referir-se à boa-fé como norma de comportamento, sua vertente objetiva, portanto, o faz com a denominação de boa-fé contratual e a distingue da dita boa-fé subjetiva nos seguintes termos:

“«Buona fede» altro non significa, in queste norme, se non correttezza o lealtà. Ha un significato del tutto diverso dalla buona fede de cui se parla in matéria de possesso (possessono di buona fede [6.1]) e nelle tante norme che, in matéria de invalidità [13.6] del contratto, di simulazione [14.3] ecc., fanno salvi i diritti dei terzi di buona fede. Là «Buona fede» indica uno stato soggettivo: significa, semplicemente, ignoranza di ledere l'altrui diritti (art. 1147); qui, invece, esprime un dovere: il dovere delle parti contraenti di comportarsi con correttezza e lealtà. Ha, perciò, il medesimo significato di quel più generale dovere di correttezza, che, come si è visto [10.2], il codice civile impone al debitore e al creditore (art. 1175). Per distinguere questo concetto della buona fede come dovere di comportamento dalla buona fede come stato soggettivo si parla di buona fede contrattuale”<sup>97</sup>.

Ao se compreender a vertente objetiva da boa-fé como um *standart* de comportamento, é importante fazer a indagação de como sua apreciação se dá no plano judicial. Ainda segundo Francesco GALGANO, as normas de “corretezza” e

---

<sup>94</sup> NEGREIROS, T., *Fundamentos para uma...*, p. 01.

<sup>95</sup> MENEZES CORDEIRO, A.M.R., *op.cit.*, p. 331.

<sup>96</sup> NALIN, P. *A boa-fé...*, p. 27.

<sup>97</sup> GALGANO, F. *Diritto Privato*. Padova: Cedam, 1996, p. 342. Tradução livre: “Boa-fé não significa, nestas normas, se não “correteza” e lealdade. Tem um significado de todo diverso da boa-fé que se fala em matéria de posse (posse de boa-fé) e nas tantas normas que, em matéria de invalidade do contrato, de simulação, etc, põe a salvo os direitos do terceiro de boa-fé. A boa-fé indica um estado subjetivo: significa, simplesmente, ignorância de lesar o direito alheio (art. 1147); aqui, por outro lado, exprime um dever: o dever das partes contratantes de comportarem-se com “correteza” e lealdade. Há, por isso, um significado daquele mais geral de dever de “correteza”, que, como já visto, o Código Civil impõe ao devedor e credor (art. 1175). Para distinguir este conceito da boa-fé como dever de comportamento da boa-fé como estado subjetivo fala-se em boa-fé contratual.”

lealdade são regras não escritas que se consubstanciam em regras de costume. E, assim, o juiz deverá

“tenere conta del livello medio di correttezza di quel dato settore econômico o sociale cui il contratto si riferisce (...). Spetta al giudice stabilire, in concreto, ciò che è secondo buona FEDE o è contrario alla buona FEDE; ma il giudice non si avvale di un proprio concetto di correttezza o di lealtà: deve tenere conto delle regole del costume, che possono essere molto più elastiche e spregiudicate del suo personale concetto di correttezza”<sup>98</sup>.

Ou seja, volta-se à disposição do art. 113 do Código Civil que determina a interpretação do contrato conforme a boa-fé, usos e costumes do lugar de sua celebração, em outras palavras, remetendo o aplicador à concretude do caso.

Isto porque não é possível conceituar o princípio em questão previamente, ou seja, sem uma análise concreta da já citada *ética da situação*. Daí porque se diga que a boa-fé é um grande elemento para realização da diretriz da eticidade presente no Código Civil Brasileiro.

Teresa NEGREIROS, ainda na introdução de sua obra “Fundamentos para uma Interpretação Constitucional do Princípio da Boa-fé”, alerta para a dificuldade de uma conceituação geral de boa-fé objetiva trazendo, para ilustrar seu pensamento, a abordagem de Jose Antonio MOLLEDA:

“La fijación del concepto de la buena fé es algo que ha traído y sigue trayendo por la calle de la amargura a multitud de juristas, resultando encarecida la dificultad de la cuestión por el hecho de que la buena fé no es precisamente um elemento jurídico moderno, sino uno de los elementos jurídicos más antiguos que se conocen, y que, em cierta medida, es común a la Moral y al Derecho”<sup>99</sup>.

É também neste sentido a competente lição de Antonio MENEZES CORDEIRO, que considera ser em vão tentar chegar a uma “definição lapidar do instituto” já que “tentativas desse gênero seriam inaptas face ao alcance e riqueza reais da noção. A boa-fé traduz um estágio juscultural, manifesta uma Ciência do Direito e exprime um

---

<sup>98</sup> GALGANO, F., *op.cit.*, p. 342. Tradução livre: o juiz deverá ter em conta o nível médio de “correttezza” do setor econômico ou social ao qual o contrato se refere (...) espera ao juiz não se valer de um próprio conceito de ‘correttezza’ ou de lealdade: deve ter em conta as regras do costumes, que possam ser muito mais elásticas e spregiudicate do que o seu conceito pessoal de ‘correttezza’.”

<sup>99</sup> MOLLEDA, J.A. *La presunción de buena fe. In: Revista de Derecho Privado*. Tomo XLVI, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, p. 386. Apud NEGREIROS, T. *Fundamentos....* p. 02.

modo de decidir próprio de certa ordem sócio-jurídica”<sup>100</sup>. Novamente, reporta-se ao que foi afirmado anteriormente: o Direito deve ser compreendido na realidade em que está inserido.

Verifica-se que a aplicação da boa-fé objetiva judicialmente requer do juiz, conforme apontado acima, a análise dos juízos de “*correttezza*” e lealdade como normas de costume, intimamente ligadas ao meio em que o contrato está inserido. Neste mesmo sentido Judith MARTINS-COSTA que expressamente nega a possibilidade de se “(...) tabular ou arrolar, *a priori*, o significado da valoração a ser procedida mediante a boa-fé objetiva, porque se trata de uma norma cujo conteúdo não pode ser rigidamente fixado, dependendo sempre das concretas circunstâncias do caso”<sup>101</sup>.

Diz-se, portanto, que há uma aplicação subjetiva da boa-fé objetiva, operacionalizada pela atividade jurisdicional. Em que pese inicialmente a expressão aparente ser contraditória, explica-se pelo fato de que a doutrina nacional define a boa-fé objetiva a partir de um *standart* jurídico usando para sua aplicação a figura do homem médio e do bom pai de família<sup>102</sup>. Segundo assevera Paulo NALIN, a origem da idéia de *standart* baseado no bom pai de família é européia e, tendo em vista as inúmeras diferenças sociais do padrão europeu para o brasileiro, inserido no contexto latino-americano, sua adoção “(...) pode se mostrar artificial, descompromissando o Poder Judiciário da investigação material das desigualdades sociais, visando superá-las”, isto porque “nosso homem médio (...) é um sujeito inidentificável, antes as flagrantes distorções de um sistema econômico que nos lança no rol dos países com a pior distribuição de renda do mundo”<sup>103</sup>.

É evidente que para uma boa aplicação da figura da boa-fé objetiva é preciso que o magistrado, além de considerar as vicissitudes do caso concreto e analisar topicamente a ética da situação, torne-se sensível aos anseios da sociedade que, conforme reiteradas vezes afirmou-se no presente estudo, proclama pela efetiva

---

<sup>100</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *op.cit.*, p. 18

<sup>101</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 412.

<sup>102</sup> NALIN, P., *Do contrato...*, p. 130.

<sup>103</sup> NALIN, P., *Ibdem*, p. 131.



consagração da dignidade da pessoa humana. Qualquer tentativa sem esta sensibilidade acabará por tornar a cláusula geral de boa-fé vazia e, mais, desnaturará sua qualidade de cláusula geral.

Ao se exigir do contratante uma conduta não apenas de boa-fé, mas especialmente conforme boa-fé, remetendo-se necessariamente a um conteúdo ético e social, alarga-se o próprio conceito de obrigação e reafirma-se a necessidade de revisão da idéia (acima já criticada) da relação jurídica obrigacional como um simples contraposto entre um dever de prestar e um direito de crédito.

Ainda que não seja possível lapidar um conceito abrangente e definitivo do que vem a ser a boa-fé objetiva, é possível estudar alguns dos deveres laterais que está define na relação obrigacional. Daí que se torna de importância ímpar o estudo da relação jurídica obrigacional enquanto relação complexa, que será feito adiante, após a necessária e breve análise das funções exercidas por este princípio no plano dos contratos, imprescindível para bem situar o objeto de estudo do presente trabalho.

## ***2.2 Funções do princípio da boa-fé***

Rosalice Fidalgo PINHEIRO afirma que a boa-fé tem suas potencialidades desenvolvidas no contexto do Estado social que se abre para a consagração do valor maior da dignidade da pessoa humana. Nesta esteira, destaca que referido princípio tem diversas funções como a

**“interpretativa**, o sentido revelado pela confiança prevalece sobre a vontade; **integrativa**, deveres acessórios de conduta transcendem a conclusão e extinção do contrato, alargando os limites da responsabilidade contratual; **limitativa**, controle do exercício de posições jurídicas; e **finalística**, a busca pela justiça e equilíbrios contratuais” (grifou-se) <sup>104</sup>.

Importante notar, portanto, que a função do princípio da boa-fé no direito obrigacional vai muito além de mero parâmetro de interpretação, como seria de se imaginar uma vez que comum a todos os princípios, função esta estatuída no Código Civil em seu art. 113, que assim dispõe: “os negócios jurídicos devem ser interpretados

---

<sup>104</sup> PINHEIRO, R. *op.cit*, p. 05.

conforme a boa-fé e os usos e costumes do lugar de sua celebração”. Referido dispositivo legal é tratado por Miguel REALE como um artigo-chave do Código Civil de 2002, uma vez que dá sentido aos demais, apontando para três conseqüências de sua leitura, quais sejam, a constatação de que o legislador elegeu a figura do negócio jurídico para tratamento dos fatos jurídicos, a consagração da eticidade pelo uso da boa-fé como parâmetro interpretativo e, por fim, a socialidade quando aponta para os usos e costumes do lugar da celebração<sup>105</sup>. Trata-se de uma disposição nova no Código de 2002, sem referência no texto do Código Civil de 1916.

Assim, ainda que a concepção subjetivista do antigo art. 85 do Código de 1916 tenha sido mantida no art. 112 do atual diploma civil, ao preceituar que nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas consubstanciadas do que ao sentido literal da linguagem, encontra-se no art. 113 um tempero a tal disposição, reclamando que a interpretação seja feita conforme a boa-fé e os usos do lugar da celebração do contrato. Evidente é que se mitigou a concepção estritamente subjetivista, uma vez que não se analisa pura e simplesmente a intenção das partes, senão sob a ótica da boa-fé.

Discorda-se aqui com a afirmação de Orlando GOMES, para quem o princípio da boa-fé entende mais com a interpretação do contrato do que com sua estrutura<sup>106</sup>. Esta visão parece estar desconectada com as exigências e formulações atuais de novos paradigmas na teoria do contrato, parecendo ser mais correta na atualidade a noção de Paulo NALIN que nega à boa-fé apenas o espaço circunspeto a um elemento de validade dos negócios jurídicos, inserindo-na no plano de existência do negócio: “dentre outros elementos reputados como essenciais (sujeitos, declaração de vontade e objeto), incluir-se-ia a boa-fé, sem a qual os negócios não existiriam para o Direito”<sup>107</sup>.

Ainda pela exegese do artigo 113 é possível considerar que o princípio presta-se à interpretação integradora quando de eventuais lacunas, nos dizeres de Gerson BRANCO “fixando preceitos não incluídos pela declaração de vontade, mas decorrentes da necessidade de lealdade, informação e cooperação exigidas para toda e

---

<sup>105</sup> REALE, M., *Estudos preliminares...* p. 75

<sup>106</sup> GOMES, Orlando. *Contratos*. 18ª edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 42.

<sup>107</sup> NALIN, P., *A boa-fé...*, p. 28.

qualquer relação negocial”<sup>108</sup>. Observe-se, no entanto, que tanto a disposição literal do art. 113 quanto a chamada interpretação integrativa do princípio da boa-fé referem-se ao plano interpretativo que de longe não é a função mais importante desempenhada pelo princípio.

A boa-fé é também parâmetro para conversão contratual, quando previstos os requisitos dispostos no art. 170 do Código (*in verbis* “Se, porém, o negócio jurídico nulo contiver os requisitos de outro, subsistirá este quando o fim a que visavam as partes permitir supor que o teriam querido, se houvessem previsto a nulidade”), com vistas à conservação das expectativas dos contratantes.

Juntamente com o princípio da equidade é base para a resolução do contrato com ônus excessivo (art. 478 a 480 do Código Civil) e instrumentaliza o conteúdo do art. 421 do Código que determina o respeito à função social do contrato, já que dificilmente a análise da função social irá distanciar-se da análise da boa-fé.

Karl LARENZ, ao tratar sobre as teorias da base do negócio jurídico, em especial no contexto europeu pós-guerra, indica o uso da boa-fé como base para resolução de contrato de retrovenda, em que o vendedor de um carro no início do ano de 1940 guardou para si o direito de retomar o bem, ao final da guerra, pelo mesmo preço de venda. O Tribunal de Apelação de Postdam, em 1948 decidiu que

“(...) las circunstancias económicas actuales son tan distintas de las previstas por las partes al firmar el contrato, que sería contrario al principio de la buena fe que los demandados estuviessen vinculados por el acuerdo. Las partes, evidentemente, han partido del supuesto de que al revender el vehículo subsistirían, poco más o menos, las circunstancias económicas, existentes en la época de su transmisión”<sup>109</sup>.

Observe-se, portanto, que a boa-fé no ordenamento jurídico alemão está no centro das teorias revisionistas<sup>110</sup> e, no Brasil, junto da equidade forma o binômio que

---

<sup>108</sup> BRANCO, G., *op.cit.*, p. 62.

<sup>109</sup> LARENZ, K. *op.cit.*, p. 09.

<sup>110</sup> A doutrina alemã trabalha com a teoria da base do negócio jurídico que pode, em linhas gerais, ser dividida em subjetiva e objetiva. A primeira corresponde a “determinação da vontade de uma ou de ambas as partes; como uma representação mental existente ao concluir o negócio que tenha influenciado grandemente na formação dos motivos”, correspondendo às questões de erro de motivo e de vícios de vontade, enquanto que a objetiva refere-se ao “conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência pressupõem devidamente o contrato já que, não sendo assim, não se lograria o fim do contrato, o propósito das partes contratantes e a subsistência do contrato não teria ‘sentido, fim ou

pode ensejar a revisão contratual, para além das hipóteses expressas no art. 478 do Código Civil.

Exerce o princípio em questão ainda a função limitadora de direitos subjetivos, com base no art. 187 do Código Civil (“também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos por seu fim econômico e social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”)<sup>111</sup>.

No Brasil, exemplificativamente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em sede do Recurso Especial, considerou que a inobservância ao princípio da boa-fé, justamente porque este materializa o equilíbrio e a justiça contratual, é também base para declaração de nulidade de cláusula abusiva em contrato de adesão. Afinal,

“a intervenção judicial, ao interpretar o contrato em conformidade com a boa-fé, recorrendo a um elemento externo à vontade das partes, traz a relevo a concepção da obrigação como processo: interpretar o contrato em conformidade com sua finalidade é um dos efeitos da boa-fé. Por conseguinte, comparecem os valores constitucionais, apresentando-se como tal o princípio da função social do contrato”<sup>112</sup>.

Tratava-se de Ação Civil Pública em que o Ministério Público do Distrito Federal pugnavia pela declaração de nulidade de cláusula em contrato de adesão de compra e venda de imóvel, em que o vendedor estipulava que em caso de haver diferença de até 5% (cinco por cento) entre a metragem constante da planta do imóvel e aquela realmente existente, presumir-se-ia que a venda teria sido “*ad corpus*” e, portanto, a

---

objeto”, correspondendo aos casos em que se altera a relação de equivalência e a impossibilidade de alcançar o fim do contrato. (LARENZ, Karl. *op.cit.*, p. 36/39).

<sup>111</sup> Esta função também já foi reconhecida na jurisprudência, mesmo quando não vigente o Código Civil de 2002. Veja-se, a exemplo, o excerto da ementa de decisão do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná, ao afirmar que “A boa-fé atua como standard, como um modelo de comportamento, que impõe deveres acessórios de conduta aos sujeitos da relação contratual, **desempenhando a função de limite ao exercício de direitos subjetivos, enquanto exercício desequilibrado de direitos, no qual o titular exerce um direito, dentro do âmbito de permissão conferida pela norma jurídica**. Há nisto, o despropósito entre o exercício do direito e os efeitos que dele derivam, gerando um desequilíbrio entre as partes;”, ainda, no corpo do Acórdão afirma a Relatora que “(...) a recusa injustificada do Apelado em concordar com a substituição da garantia pleiteada, embora ato de liberdade que se constitui em exercício da autonomia privada, pode trazer prejuízos para o devedor, apresentando-se como um exercício desequilibrado de direitos, atentatório à boa-fé objetiva, por romper o equilíbrio contratual que deve existir entre as partes” (grifos meus). (Ap. Cível **0186102-9**. Relatora Juíza Rosana Fachin, 30/10/2002, disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/tap/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1>. Acesso em 11 de junho de 2006)

<sup>112</sup> PINHEIRO, R.F., *op.cit.*, p. 216.

teor do § único do art. 1.136 do Código Civil de 1916 (correspondente ao atual art. 500 do Código Civil), não nasceria ao comprador as possibilidades de abatimento proporcional do preço, rescisão do contrato ou complemento da área. Alerta a Relatora Ministra Nancy Andrighi que “embora redigida, nos exatos termos da aludida previsão legal [§ único do art. 1.136 do CC], a indigitada cláusula encontra, indubitavelmente, barreiras de ordem pública impostas pelo CDC”. A decisão, porque bem se encaixa ao contexto aqui inserido, merece ser transcrita em parte:

“No processo em julgamento, discute-se exatamente essa conduta de não correspondência deliberada das dimensões contidas nos contratos àquelas fisicamente constatadas nos imóveis. Isto porque é substancial a diferença quando: (i) constatada a inexatidão nas dimensões de um imóvel objeto da relação negocial encetada entre um vendedor e um comprador; e (ii) quando a referida inexatidão se repete na venda efetuada ‘na planta’ entre uma incorporadora imobiliária e vários consumidores, tendo como objeto vários imóveis padronizados em contratos igualmente padronizados.

Assim, se em noventa projeções, por exemplo, houver a aludida diferença de área, a construtora e incorporadora terá um acréscimo mais do que significativo em sua rentabilidade, e a coletividade de consumidores terá um decréscimo, além do correspondente à metragem suprimida, aquele relativo à **expectativa de receber um tratamento que envolva fidelidade, lealdade, coerência e cooperação**. Desta forma, pelos elementos existentes no processo, mostra-se não apenas visível, como também notória a má-fé da recorrida ao socorrer-se da exceção legal prevista no art. 1.136, parágrafo único, do CC/16 para, além de eximir-se da responsabilidade advinda da **venda por medida** quando não correspondente a área constante com as reais dimensões dos imóveis, fazê-lo de maneira deliberada e rotineira, com o claro intuito de proveito próprio. (...) Ora, é mais do que sabido que a ninguém é permitido valer-se de lei ou de exceção prevista em lei para obtenção de benefício próprio quando este vier em prejuízo de outrem. (...) E nesse aspecto há de preponderar, como já dito, a boa-fé objetiva a nortear a interpretação do contrato de consumo a favor do consumidor, a fim de que seja materializado o equilíbrio ou justiça contratual.”

Por fim, afirma a julgadora que embora o limite de tolerância tenha sido contratado e que portanto, eventualmente poder-se-ia afirmar estarem os contratantes em acordo sobre este limite, este fundamento evidentemente “não convive com o novo panorama social do Direito Contratual e do consumidor, considerados os princípios da confiança e da boa-fé objetiva, indubitavelmente, quando a referida regra de tolerância usurpa do consumidor um pedaço daquilo que ele entende ter adquirido por meio da relação contratual (...). **Deposita o consumidor sua confiança no ‘parceiro’ contratual, acreditando em sua lealdade e respeito** (grifou-se)”.

Da decisão acima se extrai que a boa-fé está estreitamente relacionada ao reconhecimento da necessidade de um agir probó, com lealdade, fidelidade,

cooperação, sinceridade, veracidade e principalmente confiança. Tanto que Jorge Cesa DA SILVA considera ser a noção de confiança um dos mais importantes fundamentos materiais da boa-fé, sendo referida noção “(...) especialmente protegida pelo direito, dando mostras de sua compreensão como um verdadeiro *valor* jurídico”<sup>113</sup>.

E esta prescrição de agir conforme a boa-fé, justamente por ensejar a revisão de cláusulas contratuais que atentem contra as expectativas éticas dos contratantes, - em ambos os casos acima transcritos, parece relativizar ainda mais a proteção pura e simples da autonomia privada no sentido de que, mesmo quando se exerce a autonomia (escolhendo-se se contrata, com quem contrata e o que contrata, por exemplo), existirão deveres não inclusos expressamente nesta declaração exteriorizada, mas cuja exigência de obediência é imprescindível e, portanto, incontestável.

E é esta justamente a função mais importante exercida por este princípio jurídico, ao menos perante o presente estudo, traduzida na sua capacidade de instituir deveres laterais ao contratado, ainda que não expressamente estipulado pelos contratantes.

### **2.2.1 Boa-fé como criadora de deveres laterais de conduta**

A criação de deveres laterais pelo princípio da boa-fé é atribuída ao que se costuma chamar de função integrativa do princípio. Em suma, os deveres laterais distinguem-se dos deveres secundários porque estes “podem ser previamente determinados, uma vez que se ligam à prestação principal, aqueles só podem ser identificados em cada caso concreto, após sua violação”<sup>114</sup>.

Consubstancia-se em verdadeira norma de conduta ao estabelecer comportamentos contratuais. Segundo Ruy Rosado de AGUIAR JR,

“a boa-fé se constitui numa fonte autônoma de deveres, independente da vontade, e por isso a extensão e o conteúdo ‘ da relação obrigacional já que não se mede somente nela (vontade), e, sim, pelas circunstâncias ou fatos referentes ao contrato, permitindo-se construir objetivamente

---

<sup>113</sup> DA SILVA, J. *op.cit.*, p. 49 e 50.

<sup>114</sup> PINHEIRO, R. F., *op. cit*, p. 208.

o regramento do negócio jurídico, com a admissão de um dinamismo que escapa ao controle das partes”<sup>115</sup>.

Referindo-se ao art. 422 do Código Civil afirmou Paulo NALIN que “na leitura do artigo, mostra-se clara a necessidade do magistrado em (re)construir o processo contratual, a partir das condutas das partes (vertente objetiva da boa-fé), uma vez que a boa-fé, dentre outras várias funções, também é constitutiva de deveres contratuais, os quais podem ser violados”<sup>116</sup>.

Tratam-se, na realidade, de deveres decorrentes da boa-fé e fundados em expectativas éticas que se exemplificam, mas não se exaurem, no dever de lealdade, informação e transparência e que, para fazer parte do conceito de relação jurídica obrigacional, necessitam que este conceito seja alargado.

Assim que “nos dias correntes, a relação jurídica está passando por uma transformação significativa, a partir de uma nova formulação, que deixa o cunho da abstração e da generalidade de lado e que leva sempre em conta a situação concreta do sujeito e do objeto da relação jurídica”<sup>117</sup>. Ora, a releitura da relação obrigacional está intimamente ligada ao reconhecimento da conduta ética, pautada pela boa-fé que, nos dizeres de Teresa NEGREIROS, especialmente no campo do direito das obrigações “adquire conotações muito diversas das que se inferem da sua vertente subjetiva. A dita boa-fé objetiva, muito além de critério de qualificação do comportamento do sujeito, impõe-lhe deveres, constituindo-se numa autêntica norma de conduta”<sup>118</sup>.

Em Apelação Cível em que se pretende fazer valer a disposição de contrato de adesão, em contraposição às negociações e promessas efetuadas pelos contratantes, ainda que oralmente, decidiu o Tribunal de Justiça do Paraná pela prevalência destas face à necessidade de tutela das expectativas da contratante assim como pela tutela da boa-fé, *in verbis*:

---

<sup>115</sup> AGUIAR JR, R. R. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, 1995, p. 24.

<sup>116</sup> NALIN, P. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n.º 40, Curitiba: SER/UPFR, 2004, p. 95.

<sup>117</sup> FACHIN, L. E., *Teoria Crítica...*, p. 90.

<sup>118</sup> NEGREIROS, T., *Teoria do Contrato...*, p. 120.

‘Deixou a embargada-Apelante de provar, em qualquer momento processual, a posse de má-fé da embargante-Apelada. Ao contrário esta a provou *quantum satis*. Nos contratos bilaterais, e mesmo em qualquer relacionamento humano, os princípios da probidade e da boa-fé devem imperar. É o que prevê o art. 422 do Código Civil. Com efeito:

*Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé.*

No presente caso, o comportamento da embargante-Apelada sempre foi de boa-fé e agiu com dignidade, pagando prestações fixas para a embargada-Apelante, na esperança de receber o seu imóvel, mantendo, sem oposição, a posse do bem. Verifica-se que embargante-Apelada é pessoa humilde, mas de princípios morais firmes e valiosos, cumprindo com enorme sacrifício sua obrigação de pagar. Todavia, a embargada-Apelante fugiu de roteiro, buscando impor à embargante-Apelada normas não condizentes com a verdade e a boa-fé, considerando-se o contrato estabelecido entre elas”<sup>119</sup>.

Observa-se no excerto acima tanto a indicação da boa-fé na vertente subjetiva quanto na vertente objetiva, quando da afirmação de ser a posse de boa-fé e de ser o comportamento da contratante de boa-fé, respectivamente. Considerou-se que, por mais que o contrato de ingresso em Cooperativa Habitacional, típico contrato de adesão, dispusesse que as unidades habitacionais seriam sorteadas, a realidade e as informações preliminares dispunham em sentido diverso. Assim, foi reconhecido o direito da Apelada sobre o imóvel de que era em um primeiro momento locatária, passando a adquirente quando da adesão à Cooperativa, vez que continuou na posse de referido bem.

Neste sentido, é possível dizer que na atualidade o contratante não está apenas obrigado ao que contrata expressamente e sim ao cumprimento de deveres que lhe são exigidos em decorrência da boa-fé. Ou seja, não se contrata apenas o comportamento consubstanciado na prestação principal do contrato, mas também (e principalmente) que este comportamento seja cumprido com respeito à confiança depositada pelos contratantes, com lealdade, informação e transparência, sem prejuízo de demais deveres laterais que se extraíam da relação fática.

E daí que se coloca em questão como sustentar o império da autonomia privada neste contexto. Segundo Luiz Edson FACHIN “o desvelar do mito da vontade, a

---

<sup>119</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Apelação Cível n.º 219.893-0. Relator Des. Sá Ravagnani. Disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/consultas/judwin/ListaTextoProcesso.asp?Linha=13&Processo=666571&Texto=Acórdão>. Acesso em 12 de junho de 2006.



intervenção estatal na economia do trânsito jurídico, as relações de massa e de consumo comprometem a segunda estrutura [*autonomia da vontade*] e dilatam postulados”<sup>120</sup>. Então que, aquele lugar outrora ocupado por uma autonomia privada absoluta e ilimitada, cede espaço para o princípio da boa-fé e o princípio da função social do contrato, da mesma forma que os próprios contornos desta autonomia são revisitados para serem revistos e reescritos.

No dizeres de Judith MARTINS-COSTA, a idéia fechada de Código funda-se num mito representado pelo dogma de que todos são iguais perante a lei e daí que

“deste dogma nascem, enlaçados num orgânico geometrismo, os dogmas-reflexos da liberdade de todos, da autonomia de todos e do negócio jurídico como o ato que expressa estas igualdade e autonomia de todos. Surge, fundamentalmente, a idéia segundo a qual os deveres contidos na relação obrigacional têm, como exclusivas fontes, ou *a lei*, expressão da vontade geral, ou *a vontade individual* validamente declarada. A cláusula geral da boa-fé objetiva rompe este modelo e evidencia que o *primum verum* não é, na verdade um *verum*, porque faz nascer direitos subjetivos e impõe deveres jurídicos que não nascem da vontade (contrato) e nem estão punctualizados na lei”<sup>121</sup>.

E para esta compreensão de que há deveres além do principal ou, mais ainda, além do expressamente contratado, é imprescindível a revisão do conceito tradicional de contrato, enquanto uma interlocução fechada nos binômios “credor x devedor” e “direito de crédito x dever de débito”, tema do capítulo próximo.

---

<sup>120</sup> FACHIN, L. E., *Teoria Crítica...*, p. 79.

<sup>121</sup> MARTINS COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 22.

### 3. DA COMPLEXIDADE INTRA-OBIGACIONAL

#### **3.1 Para um novo conceito contratual: da mitigação do dogma da vontade à complexidade contratual. Da necessidade de revisão do conceito e conteúdo da obrigação.**

A concepção tradicional do contrato encontra sua base na teoria do negócio jurídico, em especial aquela que ganha importância na segunda metade século XIX, idade das grandes Codificações e do Estado Liberal. Conforme já afirmado no Capítulo II do presente estudo, o contrato clássico era informado sobretudo pela autonomia da vontade, que exercia papel estruturante, mas também pelos princípios da obrigatoriedade dos pactos (*pacta sunt servanda*), pela noção de que seu conteúdo é inatingível tanto pelas partes quanto pelo Estado e da relatividade de seus efeitos, já que estes só atingiriam os próprios envolvidos na relação. Segundo Orlando GOMES,

“desde o delineamento da figura do *negócio jurídico* pelos jusnaturalistas alemães nos fins do século XVIII e, em seguida, pelos pandectistas, o *contrato*, tido então como a sua principal espécie, passa a ter um *significado* e uma *função* correspondentes aos pressupostos culturais da época”<sup>122</sup>.

Apontados pelo autor, estes pressupostos culturais, inseridos na idade do Estado Liberal, são em suma a liberdade do sujeito que se reflete no poder de autodeterminação individual, numa “conexão que explica a redução da sua estrutura ao puro acordo de vontades”<sup>123</sup>.

Afirma Fernando NORONHA que os princípios da intangibilidade e da obrigatoriedade dos pactos são, na realidade, “corolários do famoso *princípio da autonomia da vontade* – segundo o qual o homem só pode ser vinculado pelas obrigações que ele próprio, voluntariamente, haja assumido”<sup>124</sup>. Ainda, conforme Paulo NALIN, a liberdade contratual, obrigatoriedade do contrato e relatividade de seus efeitos

---

<sup>122</sup> GOMES, O. *Contratos*, p. 15

<sup>123</sup> GOMES, O. *idem.*

<sup>124</sup> NORONHA, F. *Direito dos contratos...*, p. 42.

formavam, no Código de 1916, o tripé principiológico que sustentava o contrato dito moderno<sup>125</sup>.

Para a noção liberal de contrato, exatamente por este ser o fruto maior do exercício da autonomia da vontade, o contratado faz lei entre as partes e não pode ser atingido quer pela ação do Estado quer pelas próprias partes. Contemporaneamente, no entanto, deve-se tutelá-lo não porque decorre do exercício da autonomia privada, mas sim por uma questão de segurança jurídica consubstanciada na tutela da confiança dos agentes econômicos<sup>126</sup>, porém sempre tendo em conta que é “com base nesta recolocação das figuras legais que se busca reconstruir a idéia de contrato, sempre centrada na figura da pessoa humana (sujeito contratante) e na sua proteção constitucional”<sup>127</sup>.

No mesmo sentido também Paulo NALIN ao afirmar que o grande paradigma do contrato moderno é justamente o dogma da vontade, enquanto que na sua perspectiva pós-moderna, defendida pelo autor, a é a boa-fé objetiva que ocupa este lugar de destaque.

Ainda, observe-se que numa ordem constitucionalizada o objeto da proteção jurídica deixa de ser o indivíduo isoladamente considerado para transpô-lo, protegendo-se à sociedade. Daí porque a base do novo contrato é sua funcionalização. Voltando-se às lições de Orlando GOMES, há um movimento que se dirige “no sentido de uma reconstrução do próprio sistema contratual orientada no sentido de libertar o conceito de contrato da idéia de autonomia privada e admitir que, além da vontade das partes, outras fontes integram o seu conteúdo”<sup>128</sup>.

Todas as mostras e tentativas contemporâneas de limitação da autonomia privada, e inclusão especialmente do princípio da boa-fé no âmbito do Direito Obrigacional, que leva inevitavelmente a aplicação do Direito à análise de elementos chamados de extra-jurídicos, como a ética, parecem reforçar ainda mais a idéia de que por trás do Direito e também na sua base, há a figura da pessoa humana que deve ser

---

<sup>125</sup> NALIN, P. *Do Contrato...*, p. 110.

<sup>126</sup> NORONHA, F., *Direito dos contratos...*, p. 82.

<sup>127</sup> NALIN, P. *Ibidem*, p. 47.

<sup>128</sup> GOMES, O. *Contratos*, p. 15.

tutelada em sua dignidade. E isso implica, conforme já defendido acima, que se retire do papel de sujeito de direito um indivíduo abstrato para dar lugar a uma pessoa concretamente posicionada, conforme Teresa NEGREIROS, “o processo de constitucionalização do direito civil implica a substituição do seu centro valorativo – **em lugar do indivíduo, surge a pessoa**” (grifou-se)<sup>129</sup>.

Assim que o fundamento da vinculatividade deixa de ser a autonomia da vontade para ser a tutela da boa-fé<sup>130</sup>. Como já apontado anteriormente, é preciso reconhecer que o instrumento contratual, conforme preceito do art. 421 do Código Civil, deve ser exercido em razão de sua função social e que, portanto, no seu pilar de sustentação não está mais unicamente na autonomia privada e sim também na tutela da boa-fé que é um dos principais, senão o principal, instrumento para concretização da funcionalização do contrato, sem prejuízo, conforme afirma Paulo NALIN, de se entender que o grande paradigma contratual é a própria Constituição da República<sup>131</sup>.

Neste sentido, bem resumindo o que se expõe acima e fazendo um necessário paralelo das transformações da sociedade que se irradiam na revisão do conceito de contrato, a jurisprudência do extinto Tribunal de Alçada do Estado do Paraná em sede de Apelação Cível, ao alertar que:

“Em um primeiro momento, cabe delinear que os traços da teoria contratual clássica, que estruturaram o contrato sobre o dogma da autonomia da vontade, dele decorrendo os princípios do consensualismo, do *pacta sunt servanda* e da relatividade dos efeitos do contrato, que não vigoram mais com toda a sua intensidade. Este modelo contratual mostrou-se insuficiente diante das sociedades pós-industrializadas, que exigem maior rapidez e simplificação na técnica de contratação, expostas em novas figuras como os contratos de adesão, como demonstra JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO: **‘A formação da sociedade de massas tornou evidente que a liberdade contratual, em grande número de casos, se limitava afinal à liberdade formal de celebrar ou não o contrato’**: porque uma parte mais não podia fazer do que aceitar tal qual um clausulado que lhe era apresentado ne varietur pela outra parte ou renunciar a obter o bem ou serviço que a outra parte lhe poderia proporcionar. Na maior parte dos casos, a essa liberdade jurídica de celebração não correspondia sequer uma liberdade econômica de celebração do contrato, pois estavam em casa bens ou serviços de que se não poderia prescindir’. Com vistas a tornar mais justas tais relações, o Estado passou a interferir no contrato, antes, esfera relegada ao espaço de vontade livre dos sujeitos, delineando-se o fenômeno do dirigismo contratual, em que: ‘O excesso de liberalismo, manifestado pela preemência do dogma da vontade sobre tudo, cede às exigências da ordem pública, econômica e social, que deve prevalecer sobre o

---

<sup>129</sup> NEGREIROS, T., *Teoria do contrato*..., p. 11.

<sup>130</sup> NORONHA, F. *Direito dos contratos*..., p. 82.

<sup>131</sup> NALIN, P. *Do contrato*..., p. 129.

individualismo, funcionando como fatores limitadores da autonomia privada individual, no interesse geral da coletividade'. (Nery Júnior, Nelson. Da proteção contratual. In:GRINOVER, Ada Pellegrini [et alli.]. Código de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001, p. 445)" (grifou-se).<sup>132</sup>

Evidentemente que para a concepção que aqui se adota, e conforme afirmado no tópico anterior, a visão contemporânea do contrato exige dos contratantes um comportamento para além do pactuado, razão pela qual é insustentável colocar a autonomia privada, ainda que reescrita ou mitigada, como seu pilar principal.

E esta transformação não decorre simplesmente do campo do estudo jurídico mas sim (e principalmente) de mudanças estruturais na própria sociedade que se refletem na crise do modelo codificador que se pretendia total. É neste sentido que Paulo Luiz NETO LÔBO traz que

"a partir do momento em que os pressupostos formadores, os fundamentos, da teoria liberal do contrato ou do negócio jurídico desapareceram ou se enfraqueceram, o contrato, como modelo teórico abrangente, entrou em crise, em decorrência da crise maior da civilização da qual se originou, necessitando ser revisto"<sup>133</sup>.

É preciso também reconhecer, conforme alerta de Fernando NORONHA o fato de o "... contrato ser realidade que vinha aparecendo deformada pelas lentes através das quais será vista, dentro da concepção tradicional" sendo também importante deixar "... bem evidenciada a necessidade de buscar novos princípios que expliquem adequadamente o contrato na sua realidade"<sup>134</sup>.

Mas é mister também reconhecer que a crise do contrato não se refere a este como instituto ou modelo jurídico propriamente dito, mas sim à sua *ratio*, que era

---

<sup>132</sup> (Ap. Cível **0186102-9**. Relatora Juíza Rosana Fachin, 30/10/2002, disponível em <http://www.tj.pr.gov.br/tap/JurisprudenciaDetalhes.asp?Sequencial=1&TotalAcordaos=1&Historico=1>. Acesso em 11 de junho de 2006.

<sup>133</sup> NETO LÔBO, P. L., *op.cit.*, p. 16. Também é interessante o alerta de Fernando NORONHA ao trazer que "aliás, é interessante notar como o 'declínio' do contrato tradicional, fundado na mais absoluta liberdade contratual, tem um desenvolvimento paralelo ao do movimento político que se processou rumo à democracia de massas, pela via da progressiva extensão do voto, até que o sufrágio se tornou verdadeiramente universal. Realmente, ambos os fenômenos são em larga medida efeito de causas similares" (NORONHA, F. *Direito dos contratos...*, p. 72).

<sup>134</sup> NORONHA, F. *Ibidem*, p. 79.

encontrada, em última análise<sup>135</sup>, justamente no livre exercício da autonomia privada. Assim que

“nesse novo contexto contratual, a moldura descrita pelo *Code* e códigos afins, perde o contato, em definitivo, com os fatos da vida; **a tão festejada liberdade contratual não dava mais conta de explicar o fenômeno da falta de liberdade material, mas não jurídica, daquele que contratava por adesão.** E por liberdade contratual, na época clássica do contrato, entendia-se a possibilidade de se contratar ou não, a escolha do outro contratante e, sobretudo, a eleição do conteúdo do contrato. Não havia exercício de liberdade contratual sem a ocorrência dessas três características”<sup>136</sup> (grifou-se).

Orlando GOMES, ao tratar do contrato em no contexto do Estado social, reconhece que este deixa de ser simplesmente a expressão da autonomia privada e “passa a ser uma estrutura de conteúdo complexo e híbrido, com disposições voluntárias e compulsórias, nas quais as composições dos interesses reflete o antagonismo social entre as categorias a que pertencem os contratantes (produtores e consumidores, empregadores e empregados, senhorios e inquilinos)”<sup>137</sup>.

A impossibilidade de sustentar a autonomia privada como fundamento do direito contratual, explicada também pelas mudanças da sociedade, especialmente como fenômeno da contratação em massa por adesão que coloca em evidência a desigualdade do poder econômico das partes, traz a necessidade de se rever o conceito de obrigação (e, portanto, também de contrato), que de relação estritamente simples passa a complexa, incluindo-se em qualquer uma delas, a necessidade de observância de deveres ainda que não contratados decorrentes da boa-fé.

Nas palavras de Luiz Edson FACHIN, “no ‘código’, o contrato estava confinado ao dogma da vontade, que passou por toda a elastecida aplicação da cláusula *rebus* e hoje se submete a algumas interrogações sobre a amplitude da possibilidade da intervenção judicial, na autonomia dos contratos e da ética contratual”<sup>138</sup>.

Apontados por Fernando NORONHA são na realidade três os princípios fundamentais dos contratos, quais sejam, autonomia privada, que decorre da liberdade,

---

<sup>135</sup> E aqui se diz em última análise porque embora o tripé de sustentação do contrato moderno seja a autonomia privada, o princípio da relatividade dos efeitos e da intangibilidade do contrato, estes últimos são na verdade decorrentes da própria autonomia.

<sup>136</sup> NALIN, P. *Do contrato...*, p. 110.

<sup>137</sup> GOMES, O., *Contratos*, p. 15.

<sup>138</sup> FACHIN, L. E. *Teoria Crítica...*, p. 203.

a justiça contratual, decorrente da idéia de justiça e, por fim, a boa-fé que deriva da idéia de segurança, formando juntos o que o autor chama de ordem pública interna dos contratos<sup>139</sup>.

### 3.1.2 Da noção tradicional de obrigação à complexidade contratual

O Código Civil de 1916 estabelecia uma relação obrigacional simples, composta por sujeitos (partes), objeto, um fato jurídico, representado pelas fontes das obrigações (contrato, responsabilidade civil e enriquecimento ilícito<sup>140</sup>) e garantia (provida pelo Estado através da ação). Tradicionalmente a relação jurídica obrigacional é entendida como uma interlocução fechada e estática mantida entre o credor e o devedor, ligados por um direito subjetivo de crédito do primeiro e um dever jurídico de débito do segundo, com efetiva ênfase ao direito do credor, tanto que Orlando GOMES a conceitua como “um *vínculo jurídico* em virtude do qual uma pessoa fica adstrita a satisfazer um prestação em proveito de outra”<sup>141</sup>.

Francesco GALGANO também define obrigação na mesma linha de professor baiano: “l’obbligazione si presenta come un rapporto o un vincolo (*obligatio*, alla lettera, significa legame, vincolo) che lega un soggetto ad un altro soggetto per l’esecuzione di una data prestazione”<sup>142</sup>.

Observe-se que nas definições citadas, invariavelmente salienta-se o dever de cumprimento da obrigação, consubstanciada no cumprimento de seu objeto que é a prestação (comportamento de dar, fazer ou não fazer). Ou seja, ao conceito de relação jurídica agrega-se a prestação, que recai sobre um dever de dar, fazer ou não fazer e aí sim se tem a idéia da relação jurídica obrigacional. O objeto imediato da obrigação (aqui

---

<sup>139</sup> NORONHA, F. *Direito dos contratos...*, p. 103. Apontados pelo autor, segundo Stein e Shand, liberdade, ordem e justiça são os três valores fundamentais dos sistemas jurídicos ocidentais (p. 110).

<sup>140</sup> Segundo Fernando NORONHA “o Direito das Obrigações disciplina essencialmente três coisas: as relações de intercâmbio de bens entre as pessoas e de prestação de serviços (*obrigações negociais*), a reparação de danos que umas pessoas causem a outras (*responsabilidade civil geral, ou em sentido estrito*) e, no caso de benefícios indevidamente auferidos com o aproveitamento de bens ou direitos de outras pessoas, a sua devolução ao respectivo titular (*enriquecimento sem causa*)...” (NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 08).

<sup>141</sup> GOMES, Orlando. *Obrigações*, p. 15.

<sup>142</sup> GALGANO, F. *op. cit.*

entendida como a relação) é a prestação enquanto que o objeto mediato é a coisa, que também pode ser denominada de objeto da prestação.

Citando Karl LARENZ, Fernando NORONHA afirma a importância da noção da relação jurídica, já que

“se o primeiro conceito fundamental do Direito Privado é a *pessoa* enquanto sujeito de direito, isto é, titular de direitos e destinatário de obrigações, o segundo conceito fundamental é a *relação jurídica*, como nexos jurídicos que unem entre si sujeitos de direito. Este vínculo apresenta-se geralmente, por parte de um dos sujeitos de direito, como ‘direito seu’ e por parte do outro, como um dever ou uma sujeição jurídica”<sup>143</sup>.

A crítica à abstração embutida tanto no conceito de relação jurídica quanto no conceito do sujeito de direitos, por afastarem estas noções da realidade concreta, deve aqui ser retomada, salientando-se que, contemporaneamente, é imprescindível que se tutele o indivíduo concreto, ou seja, o locatário, o consumidor, enfim, o real contratante.

E também segundo a lição de Fernando NORONHA, quando se compreende a relação obrigacional como simples, ou seja, mera ligação entre um direito de crédito e dever de débito, está-se operando um distanciamento daquilo que se encontra na vida real: a relação simples é “apenas um dos vínculos que se pode distinguir no âmbito do complexo unitário constituído pela relação obrigacional sistêmica [ou complexa]”<sup>144</sup>.

Evidente é a insuficiência da noção de relação obrigacional enquanto um só vínculo, tendo a doutrina buscado concepções e denominações para a dita relação complexa como organismo, quadro, estrutura e processo, sempre entendida como um desenvolvimento temporário voltado a um fim que é o adimplemento da obrigação<sup>145</sup>. Embora seu fim principal seja realmente o cumprimento da prestação contratada, é preciso alargar (e porque não reescrever?) o conceito de obrigação (e conseqüentemente de contrato), para passar a compreender que “a obrigação – com

---

<sup>143</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 12.

<sup>144</sup> NORONHA, Fernando. *Ibidem*, p. 72 “E uma certa e determinada situação obrigacional da vida real também é um pequeno sistema: não é aquela simples relação jurídica linear entre duas pessoas, uma com o poder de exigir uma prestação, e a outra com o dever de realizá-la, da definição clássica; é antes um conjunto de comportamentos inter-relacionados, satisfazendo quase sempre necessidades de natureza econômica, valorados pelo direito e sofrendo a influência de numerosos fatores do meio econômico e social em que se desenvolvem” (p. 76).

<sup>145</sup> Conforme SILVA, J.C, *op.cit*, p. 65.



mais vigor a obrigação contratual – possui na sua complexidade interna um conjunto de deveres que não se resumem aos deveres de prestação”<sup>146</sup>.

Uma relação simples seria apenas “(...) a soma de seus elementos, restando visualizada em seu aspecto externo: o vínculo que submete o devedor ao poder do credor, isolado em sua livre vontade, sob os contornos do individualismo”<sup>147</sup>. Há, no entanto, uma complexidade intra-obrigacional.

João de Matos ANTUNES VARELA distingue a existência de relação obrigacional una ou simples, “quando compreende o direito subjectivo atribuído a uma pessoa e o dever jurídico ou estado de sujeição correspondente, que recai sobre a outra” e uma complexa ou múltipla, “quando abrange um conjunto de direitos e de deveres ou estados de sujeição nascidos do mesmo facto jurídico”<sup>148</sup>.

Para ilustrar essa diferenciação, coloca que, no caso de um estudante emprestar um livro ao seu colega, pelo prazo de quinze dias para este estudar, nascerá ao autor do empréstimo o direito subjectivo de exigir seja-lhe restituído o material após findo o prazo, e ao colega o dever jurídico de efetuar a restituição da coisa emprestada, em outras palavras, trata-se de uma relação simples. Diferentemente ocorre no caso de um contrato de compra e venda em que a cada parte cabe tanto um dever jurídico quanto um direito subjectivo, como o direito do vendedor de exigir o preço e o dever de entregar a coisa e o direito do comprador de exigir a entrega da coisa e o dever de efetuar o pagamento<sup>149</sup>.

Também é muito didático o exemplo trazido por António MENEZES CORDEIRO:

“por exemplo, contraída uma obrigação complexa de entrega e transporte é possível, em construção, retirar dela seja a obrigação de entrega, seja a de transporte. Na obrigação complexa, a unificação dá-se em torno do escopo fundamental prosseguido pelo conjunto. Deste, destaca-se o elemento que mais directamente o prossegue: é a prestação principal. A outra (ou outras) que funcionalmente a serve é a prestação secundária. No exemplo do texto, a

---

<sup>146</sup> SILVA, J. C., *op.cit.*, p. 89.

<sup>147</sup> PINHEIRO, R.F. *op.cit.*, p. 206.

<sup>148</sup> VARELA, J.M.A., *op.cit.*, p. 64/65.

<sup>149</sup> *Idem.*

obrigação complexa de entrega e transporte compreende a prestação principal – a entrega – e a prestação secundária – o transporte<sup>150</sup>.

Enfim, “toda relação obrigacional possui deveres que a identificam, centrados na espécie de prestação que a obrigação em questão vincula”<sup>151</sup>. Distingue-se, portanto, entre o dever principal que é o objeto do contrato, também chamado de prestação principal, e os deveres secundários. Deveres secundários também dizem respeito diretamente à prestação, porém não particularizam ou individualizam a obrigação<sup>152</sup>.

A prestação principal do negócio jurídico é determinada pela vontade das partes, enquanto que os deveres laterais ou acessórios decorrem da boa-fé e independem da previsão expressa no instrumento contratual. Para esta constatação é importante retomar o que foi dito no segundo capítulo do presente estudo, em especial quanto ao papel da autonomia privada, uma vez que na visão tradicional de negócio jurídico todos os deveres resultariam da manifestação de vontade das partes não sendo concebível a existência de deveres para além do expressamente pactuado (“todos [os efeitos jurídicos do contrato] seriam tutelados por serem da vontade das partes e só deveriam ser observados nos precisos termos desta”<sup>153</sup>).

Conforme já apontado linhas acima, não existe apenas um único dever obrigacional, sendo possível divididos em principal, aquele que diz respeito ao núcleo da obrigação (como a entrega do bem ou pagamento do preço num contrato de compra e venda), em secundários, que também dizem respeito à prestação mas não a caracterizam ou individualizam, como o dever do credor de dar quitação relativa ao adimplemento realizado pelo devedor<sup>154</sup> e em laterais, também chamados de instrumentais ou de fidúcia que “são aqueles que somente apontam procedimentos que é legítimo esperar por parte de quem, no âmbito de um específico relacionamento obrigacional (...) age de acordo com os padrões socialmente recomendados de

---

123. <sup>150</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Estudos de Direito Civil*. volume I, Coimbra: Almedina, 1991, p.

<sup>151</sup> SILVA, J. C., *op.cit*, p. 70.

<sup>152</sup> SILVA, J.C. *Ibidem*, p. 71.

<sup>153</sup> NORONHA, F. *Direito dos contratos...*, p. 112.

<sup>154</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 80.

correção, lisura e lealdade, que caracterizam o chamado princípio da boa-fé contratual”<sup>155</sup>.

São duas fontes distintas, portanto: enquanto os deveres principal e secundários decorrem da autonomia da vontade, ou seja, em especial do contrato, os deveres laterais têm fonte no princípio da boa-fé, em especial em sua vertente objetiva.

Conforme a lição de Clóvis do COUTO E SILVA em alguns contratos o próprio dever principal decorre da boa-fé que é responsável pelo conteúdo do contrato, como na gestão de negócios em que se exige como objeto imediato a conduta de acordo com dever de fidúcia<sup>156</sup>. Ainda segundo a lição do professor Clóvis, estes deveres jurídicos “consistem em conduta determinada, em comunicar algo, em indicar alguma circunstância, em fornecer informações, cuja omissão pode causar dano ao outro figurante”<sup>157</sup>.

A idéia de relação obrigacional simples é substituída pela noção complexa em que se considera

“o conjunto de direitos e deveres que unem as partes intervenientes, em razão dos quais elas são adstritas a cooperarem, para a realização dos interesses de que sejam credoras, mas com o devido respeito pelos recíprocos interesses do devedor, ou devedores, e tendo em conta também a função social desempenhada, que é a razão última de sua tutela”<sup>158</sup>.

Refuta-se também a noção de relação obrigacional como estática, tendo

“A idéia, profundamente radicada hoje na literatura moderna das obrigações, de que obrigação, na sua acepção mais ampla, compreende todos os poderes e deveres (variáveis de momento para momento) que se vão constituindo no seio da relação, levou LARENZ, inspirado no pensamento de HARTMANN, a lançar a concepção da obrigação como *estrutura* (*ein Gefüge*) ou um *processo*”<sup>159</sup>.

---

<sup>155</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 80. Sobre a existência de deveres laterais de conduta decorrentes da boa-fé Carlos Alberto MOTA PINTO afirma que sempre existiram; “Se os deveres laterais e os direitos potestativos originados pelo contrato são, agora, por força do preceito da boa-fé e da proliferação das normas dispositivas, muito mais numerosos, certo é, porém, que sempre existiram, em maior ou menor número, conexionsados com os deveres principais de prestação em ligação com o fim contratual.” (ALMEIDA COSTA, M.J., *Direito das Obrigações*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2001, p.275)”

<sup>156</sup> COUTO E SILVA, C. *A obrigação como processo...*, p. 37.

<sup>157</sup> COUTO E SILVA, C., *Ibidem*, p. 39.

<sup>158</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, P. 72

<sup>159</sup> VARELA, J.M.A., *op.cit*, p. 67.

No direito pátrio esta idéia foi desenvolvida em especial pela obra do professor Clóvis do Couto e Silva, “Obrigação como Processo” na década de 70, através da qual, segundo Judith MARTINS-COSTA, passou-se a compreender a relação obrigacional como “uma ‘totalidade concreta’, a qual se desenvolve através de um *processo dinâmico, polarizado por uma finalidade*”<sup>160</sup>.

### 3.2 Da diversa gama de deveres obrigacionais

Conforme anteriormente esclarecido, a complexidade contratual que aqui se pretende tratar não se refere exclusivamente à existência de vários deveres e direitos a cada parte da relação, uma vez que assim estar-se-ia deixando de reconhecer que mesmo as obrigações dita simples são, na realidade, complexas<sup>161</sup>. O que se pretende afirmar quanto à complexidade das relações obrigacionais, e do próprio contrato, é que existem deveres para além do principal (que constitui o objeto principal do contrato ou prestação), e também para além dos secundários, que são os chamados deveres laterais.

Esta concepção da relação obrigacional enquanto relação complexa e dinâmica é “sede, por excelência, da inserção da boa-fé objetiva” no plano do direito contratual, uma vez que

“pode a relação de obrigação, no transcorrer de sua existência, muitas vezes em razão das vicissitudes que sofre, gerar outros direitos e deveres que não os expressados na relação de subsunção entre a situação fática e a hipótese legal, ou não indicados no título, ou ainda

---

<sup>160</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 382

<sup>161</sup> Assim ANTUNES VARELA ao afirmar que “(...) a doutrina moderna das obrigações, tem salientado, com razão, a complexidade das próprias obrigações *unas* ou *simples*.” (ANTUNES VARELA, J.M. *op.cit*, p. 68). Também neste sentido MENEZES CORDEIRO: “A distinção é melindrosa uma vez que toda a obrigação tem um conteúdo complexo” (MENEZES CORDEIRO, A. *Estudos...*, p. 123). Veja-se a respeito o exemplo trazido por Fernando NORONHA de que numa compra e venda “pela qual um consumidor adquira um televisor, a relação obrigacional complexa inclui desde os direitos principais correspectivos de exigir a entrega do produto e o pagamento do preço (tendo cada um deles, como contrapartida, os deveres da contraparte de entregar e de pagar), até diversos outros direitos e deveres, como o direito potestativo do comprador de reclamar por eventuais defeitos (cf. arts. 18 e 26 do Código de Defesa do Consumidor) e o seu ônus de fazer essa reclamação em noventa dias (cf. art. 26, II), mais o dever do fornecedor de sanar o defeito em trinta dias (cf. art. 18, parágrafo 1º), sob pena de se abrir para o consumidor o direito de exigir a substituição do produto, ou a restituição do preço, ou o abatimento proporcional deste (cf. art. 18, parágrafo 1º).” (NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 73)

poderes formativos geradores, modificativos ou extintivos, e os correlatos estados de sujeição; pode, por igual, importar na criação de ônus jurídicos e deveres laterais, anexos ou secundários ao dever principal, ao qual corresponderão, por sua vez, outros direitos subjetivos, mesmo que não expressamente previstos nem na lei, nem no título”<sup>162</sup>.

A boa-fé atua, portanto, criando deveres laterais ao dever principal ou mesmo aos chamados deveres secundários. Segundo Jorge Cesa DA SILVA, ao lado dos deveres principais,

“(...) a obrigação possui uma série de outros deveres que também dizem respeito diretamente à prestação, mas que não configuram qualquer particularidade que as individualize. São os deveres secundários. Quando é imputado ao devedor, pelo atraso culposo, o dever de indenizar os prejuízos respectivos, tem-se claramente um dever relacionado com a prestação-objetivo do contrato, mas não se tem qualquer prestação que o caracteriza enquanto espécie distinta (...) como se percebe, essa primeira distinção entre deveres primários e secundários – que já tem a virtude de facilitar a compreensão de algumas relações obrigacionais de difícil classificação – inclui apenas os chamados deveres de prestação, não incidindo sobre todo o conjunto de deveres, também decorrentes do fato jurídico obrigacional, que se vinculam a outras fontes normativas, exemplificativamente o princípio da boa-fé, por meio do seu vetor confiança. **Estes deveres até aqui não contemplados são os chamados deveres laterais de conduta**”<sup>163</sup>.

Em contratos nominados, como a compra e venda e a locação, “há prestações principais que definem o *tipo* ou o *módulo* da relação: a entrega da coisa vendida, por parte do vendedor, e a entrega do preço, pelo lado do comprador (...); a cedência do gozo temporário da coisa (...)” porém é também possível observar a existência de deveres secundários ou acidentais de prestação, nos quais cabem

“não só os deveres *acessórios* da *prestação principal* (destinados a *preparar* o cumprimento ou assegurar a perfeita execução da prestação), mas principalmente os deveres relativos às prestações *substitutivas* ou *complementares* da prestação principal (o dever de indenizar os chamados danos moratórios ou o prejuízo resultante do cumprimento defeituoso da obrigação) e ainda os deveres compreendidos nas *operações de liquidação* (*Abwicklungspflichten*) das *relações obrigacionais duradouras*”<sup>164</sup>.

Existem, ao lado dos deveres de prestação principal e secundário, ainda segundo as lições de ANTUNES VARELA, deveres de acessórios de conduta “que, não interessando directamente à prestação principal, nem dando origem a qualquer *acção autónoma* de cumprimento (cf. arts. 817º e segs), são todavia essenciais ao correcto

---

<sup>162</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 394.

<sup>163</sup> SILVA, J.C. *op.cit.*, p. 71-73.

<sup>164</sup> ANTUNES VARELA, J. M. *op.cit.*, p. 122.

processamento da relação obrigacional em que a prestação se integra”<sup>165</sup>. São exatamente estes deveres que interessam ao presente estudo.

A mesma divisão é feita por Fernando NORONHA que afirma “(...) já se tornou corrente classificar a generalidade de deveres que podem estar presentes na relação obrigacional em *deveres principais (ou primários)*, *deveres secundários (ou acessórios)* e *deveres fiduciários (ou anexos, laterais ou meros deveres de conduta)*”<sup>166</sup>. Ainda segundo magistério do professor, tanto os deveres principais quanto os secundários estão ligados à realização da prestação principal enquanto que os deveres fiduciários, que aqui são tratados como deveres anexos ou laterais, dizem respeito “a meras condutas impostas pela boa-fé, que visam auxiliar na realização das finalidades da relação obrigacional (...)”<sup>167</sup>. Os primeiros são deveres de prestação enquanto que os segundos são deveres de conduta.

Ainda que não seja o objeto desta pesquisa, convém rapidamente fazer menção à classificação dos deveres secundários. Na divisão elaborada por Carlos Alberto da MOTA PINTO, podem ser separados em deveres secundários com prestação autônoma que podem ser referentes ao dever primário de prestação “como será o caso da indenização de perdas e danos por inadimplemento culposo do devedor” ou coexistentes com a prestação principal “como o direito à indenização em caso de mora ou em caso de cumprimento defeituoso da prestação principal” ou então em deveres secundários, acessórios da prestação principal como “o dever de custodiar a coisa prometida, de a embalar, de promover o seu transporte, etc”<sup>168</sup>.

Deveres laterais também comportam classificações, e tal estudo será feito no próximo capítulo. Por ora, convém reprimir que sua existência decorre do princípio da boa-fé que incide na relação obrigacional. Segundo Judith MARTINS-COSTA:

“(...) toda relação jurídica decorrente do contato social – e vista a relação obrigacional como uma totalidade e um processo -, percebe-se a agregação, aos deveres contratuais propriamente ditos, geralmente provindos ou da lei ou da vontade (os chamados *deveres principais de prestação*, correspondentes a cada tipo contratual considerado), de outros deveres, que nomearei por *instrumentais ou funcionais*. (...) estes não deveriam de ato

---

<sup>165</sup> ANTUNES VARELA, J. M. *op.cit*, p. 123.

<sup>166</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 78

<sup>167</sup> NORONHA, F. *idem*.

<sup>168</sup> MOTA PINTO, C.A. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985, p. 279.

voluntarístico nem de norma legislativa punctual, mas dos princípios da função social e da boa-fé (...)”<sup>169</sup>.

E sobre estes deveres laterais, ou também chamados de acessórios<sup>170</sup>, Mario Julio de ALMEIDA COSTA traz que

“corresponde à orientação clássica, de fundo romanístico, **a perspectiva da obrigação que se esgota no dever de prestar e no correlato direito de exigir ou pretender a prestação. Todavia, a doutrina moderna, sobretudo por meio de autores alemães, evidenciou a estreiteza de tal ponto de vista e a necessidade de superá-lo.** Deste modo, numa compreensão globalizante da situação jurídica creditícia, **apontam-se, ao lado dos deveres de prestação – tanto deveres principais de prestação, como deveres secundários -, os deveres laterais (*Nebenpflichten*)**, além de direitos potestativos, sujeições, ônus jurídicos, expectativas jurídicas, etc”<sup>171</sup>.

Também neste sentido João de Matos ANTUNES VARELA, ao afirmar que “(...) além dos deveres de prestação, principal ou secundária, que fluem da relação obrigacional, o cumprimento pode envolver a necessidade de observância de múltiplos deveres acessórios de conduta”<sup>172</sup>.

Os deveres laterais não estão orientados para o interesse no cumprimento do dever principal de prestação e sim “caracterizam-se por uma função auxiliar na realização positiva do fim contratual e de proteção à pessoa ou aos bens da outra parte contra os riscos de danos concomitantes”<sup>173</sup>.

Decorrem do princípio geral de boa-fé, e têm observância obrigatória tanto pela normatividade da própria boa-fé enquanto princípio geral de direito que é, quanto pela previsão expressa do Código Civil em seu art. 422.

---

<sup>169</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 403.

<sup>170</sup> Segundo aponta Fernando NORONHA, não há consenso acerca da nomenclatura atribuída a estes deveres decorrentes da boa-fé. Para o professor a melhor denominação é a de deveres fiduciários, uma vez que é esta “denominação que aponta diretamente para o fato de eles serem exigidos pelo dever de agir de acordo com a boa-fé, tendo com fundamento a confiança gerada na outra parte, refutando a idéia de “deveres acessórios de conduta” porque são na realidade categorias diferentes de deveres. Carlos Alberto MOTA PINTO relembra ainda a denominação de STOLL, que distingue entre deveres de proteção e de prestação, de LARENZ, que o chama de outros deveres de conduta ou deveres de diligência também em contraposição aos deveres de prestação e, por fim, a distinção de ESSER que os chama de deveres laterais (*Nebenpflichten*) (MOTA PINTO, C.A. *op.cit.*, p. 280).

<sup>171</sup> ALMEIDA COSTA, M.J. *op.cit.*, p. 63.

<sup>172</sup> VARELA, J.M.A., *Das obrigações em geral*. Vol. II, p. 11.

<sup>173</sup> MOTA PINTO, C.A. *op.cit.*, p. 281

Significa dizer que quando o legislador determina que a boa-fé deverá ser observada no *inter* contratual, também deverão ser observados os deveres de conduta que dela decorrem, já que “da cláusula geral a boa-fé, porquanto desta resulta a formulação de uma norma jurídica de incidência plena sobre a relação obrigacional”<sup>174</sup>.

É assim também no direito português, no qual deveres acessórios de conduta estão genericamente consagrados na cláusula geral de boa-fé consubstanciada no art. 762º do Código Civil Português «no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa fé»<sup>175</sup>.

Note-se que, segundo ensinamentos de Antonio MENEZES CORDEIRO, enquanto que o § 242 do BGB determina que o devedor deverá realizar a prestação conforme a boa-fé, o art. 762º do Código Civil Português dispõe que as partes, e não apenas o devedor, devem atuar de boa-fé sendo que assim “o passo definitivo consistia em assacar, ao credor, toda uma série de deveres de lealdade, de colaboração e de proteção, decalados dos do devedor e com um âmbito transcendente em relação ao mero aceitar da prestação”<sup>176</sup>.

Segundo ressalta o professor lusitano, os deveres decorrentes da boa-fé afetam tanto o devedor quanto o credor e esta é a mesma opinião expressada por Francesco GALGANO ao afirmar que “una generale obbligazione accessoria, che incombe sia sul debitore sia sul creditore, è quella di comportarsi l’uno verso l’altro secondo le regole della correttezza”<sup>177</sup>.

Antonio MENEZES CORDEIRO destaca que da citada disposição do art. 752º do Código Civil português deriva uma fórmula complexa com dois pólos diferentes: a complexidade intra-obrigacional e a violação positiva do contrato<sup>178</sup>. Segundo ele, a

---

<sup>174</sup> AGUIAR JR, R.R., *op.cit*, p.. 23.

<sup>175</sup> VARELA, J. M. A. *op. cit.* Vol. I, p. 128.

<sup>176</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*,p. 594.

<sup>177</sup> GALGANO, F. *op.cit.*, p. 190. Tradução livre: uma obrigação acessória geral, que incumbe tanto ao devedor quanto ao credor, e aquela de comportar-se um perante o outro segundo as regras de “correttezza”.

<sup>178</sup> De forma geral, conforme assinala Jorge Cesa da SILVA, a violação positiva “pode ser definida, somente a título de aproximação, como toda violação culposa da obrigação que não constitua mora ou impossibilidade” (SILVA, J.C. *op. cit*, p.03). Trata-se de uma figura nascida na Alemanha, através dos trabalhos de HERMANN STAUB, sob a nomenclatura “positive Vertragverletzung”. Citado por Jorge Cesa da SILVA, STAUB resume o fundamento de sua teoria na tentativa de fundamentação para “incontáveis casos nos quais alguém descumpre uma relação por meio de atuação positiva, nos quais



concepção de Karl LARENZ, para quem a obrigação é estrutura e processo, traduz “a idéia de que a relação obrigacional complexa redundaria na mera soma dos elementos que a compõem, tendo antes um sentido global que os transcendem”<sup>179</sup>.

É exatamente a noção defendida linhas acima: não basta o reconhecimento de que ao lado do dever principal existam deveres secundários até porque todas as relações obrigacionais, conquanto se digam simples, têm conteúdo complexo porque dificilmente se referem a uma única prestação ou a um único feixe de ligação entre as partes. É imprescindível reconhecer que a boa-fé cria deveres de conduta a serem observados no *inter* contratual voltado ao seu cumprimento, com o fim precípua de bem cumprir o avençado sem causar “danos para o credor ou com sacrifício desmensurado para o devedor”<sup>180</sup>.

Voltando ao direito pátrio, afirma Paulo NALIN que o princípio em questão goza de um poder de geração de obrigação, chamadas de obrigações correlatas que obrigam tanto quanto um dever expressamente contratado ou imposto pela normativa do Estado e que “podem ser violados pelo sujeito a ela adstrito e, portanto, tornar-se passível de sancionamento pelo instituto da responsabilidade civil”<sup>181</sup>.

Linhas acima, quando da análise das funções do princípio da boa-fé, já foi destacado, nos dizeres de Rosalice Fidalgo PINHEIRO, que este exerce função integrativa, impondo deveres acessórios e alargando os limites da responsabilidade contratual, função esta que não se confunde com a interpretação integrativa que

---

alguém pratica aquilo de que deveria abster-se, ou efetua a prestação que deveria ser efetuada, mas de forma defeituosa” (Ibidem, p. 13). Entre nós, maior importância do tema está justamente no reconhecimento de que a relação jurídica obrigacional é uma relação complexa e que poderá haver descumprimento através da violação dos chamados deveres laterais, decorrentes da boa-fé. Embora a cláusula geral de boa-fé seja novidade no corpo do Código Civil somente em 2002, a figura da violação positiva já era tratada, ainda que com denominações distintas, por autores como ORLANDO GOMES (violação positiva do crédito) e PONTES DE MIRANDA (violação positiva por ato ilícito relativo – adimplemento ruim e quebra de promessa). Em que pese não haja no Código Civil disposição expressa quanto ao descumprimento da boa-fé, o art. 422 do Código abre em definitivo a possibilidade de aplicação da teoria da violação positiva do contrato, devendo referido dispositivo ser entendido para além dos momentos contratuais ali citados, formação e execução, para compreender todo o *inter* contratual em que a boa-fé deve ser observada.

<sup>179</sup> *Apud* MENEZES CORDEIRO, Antonio. Da boa-fé... p. 590.

<sup>180</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé...*, p. 592.

<sup>181</sup> NALIN, P. *A boa-fé...*, p. 26.

também é desempenhada pelo princípio em questão. E são estes deveres que serão estudados no próximo capítulo.

## 4. DOS DEVERES LATERAIS DECORRENTES DA BOA-FÉ

### 4.1 Origens

A noção de boa-fé objetiva como criadora de normas de conduta contratuais que se tem hoje, dá-se graças aos estudos realizados em especial pela jurisprudência alemã em torno das possibilidades oferecidas pela cláusula geral de boa-fé presente naquele ordenamento, estampada no famoso § 242 do BGB. Foi a doutrina alemã que criou a noção de deveres laterais, denominando-os de *Nebenpflichten* (Esser), *Schutzzpflichten* (Stoll) ou mesmo *weitere Verhatenspflichten* (Larenz)<sup>182</sup>.

Segundo ANTUNES VARELA, H. Stoll foi o primeiro autor que distinguiu entre os deveres de prestação e os demais deveres da relação obrigacional, tendo-os nomeado de deveres de proteção (*Schutzzpflichten*) “porque eles se destinavam, em regra, a *defender o credor dos prejuízos* que lhe podiam advir duma defeituosa realização da *prestação* ou a esclarecê-lo sobre os perigos da *coisa* que lhe era devida”<sup>183</sup>. A denominação que se usa hoje em português, deveres laterais, é tradução daquela proposta por Esser, *Nebenpflichten* e parece ser mais adequada já que deveres de proteção são apenas alguns dos deveres existentes para além do principal e secundário.

Conforme ensina Antonio MENEZES CORDEIRO, a boa-fé justiniana tratava-se de conceito diluído que por difusão horizontal representava “estado psicológico de ignorância, por parte do beneficiário” e por difusão vertical, mesclada com o *bonum et aequum* e *aequitas* passa a designar “justiça, honestidade e lealdade”<sup>184</sup>. Da mesma forma, respeitando as peculiaridades históricas do conceito (que obviamente muito se transformou desde sua utilização no Direito Romano<sup>185</sup>), também recorrendo à lição de

---

<sup>182</sup> A indicação é feita por Judith MARTINS-COSTA, *A boa-fé...*, p. 438.

<sup>183</sup> VARELA, J. M. A., *op.cit* vol. 01, p. 123.

<sup>184</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*, p. 128.

<sup>185</sup> E esta ressalva está aqui colocada porque não é possível simplesmente transferir a boa-fé no Direito Romano para a contemporaneidade, já que o Direito não pode ser compreendido senão à luz de seu tempo. Evidentemente que a noção romana não é compatível com a noção atual, uma vez que se tratam de duas sociedades fundamentalmente diferentes. Ainda, muito bem sintetizando o argumento que aqui se coloca, segundo Rosalice Fidalgo PINHEIRO a boa-fé foi objeto de transferências culturais

Antonio MENEZES CORDEIRO, há de se verificar que a boa-fé transformou-se para passar a designar norma objetiva de conduta correta e funcionalidade de obrigações, identificando-se, portanto, com a vertente objetiva acima estudada<sup>186</sup>. Assim, citando KRÜGER, o autor destaca que a

“fides objectiva (= fides bona) funcionaria como norma jurídica, em sentido duplo: por um lado dominaria o dever de cumprir, na obrigação, seja no sentido simples do respeito ao estipulado, seja no da forma de determinação (interpretação) do seu conteúdo, seja, finalmente, **para permitir a inclusão, junto do dever principal, de outras convenções laterais ou a integração de lacunas no negócio**”<sup>187</sup>.

Também neste sentido Teresa NEGREIROS ao afirmar que “é comumente reconhecido que o desenvolvimento da cláusula geral da boa-fé constante do BGB pelo Poder Judiciário daquele país [*Alemanha*] foi o principal responsável pela difusão do princípio em outros sistemas de direito codificado”<sup>188</sup>.

A boa-fé germânica foi animada “como regra de conduta fundada na honestidade, na retidão, na lealdade e, principalmente, na *consideração para com os interesses do ‘alter’, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado*”<sup>189</sup>.

Embora o desenvolvimento da noção da boa-fé objetiva seja fruto dos trabalhos acerca da interpretação do § 242 do Código civil alemão, segundo Teresa NEGREIROS, num primeiro momento a regra contida no § 242 do BGB foi entendida e

---

no Medievo. (PINHEIRO, R. F., *op.cit.*, p. 30). Importante, no entanto, reconhecer que é possível traçar um paralelo entre a noção da *iudicia bonae fidei* e a cláusula geral de boa-fé, especialmente na sua concepção objetiva sendo que “tanto no direito romano como no direito atual a conformação da boa-fé objetiva se dá através de uma delegação de poderes ao juiz”<sup>185</sup>. Ainda segundo Teresa NEGREIROS, embora os deveres e obrigações que nascem da boa-fé sejam diferentes no contexto romano e atual, em ambos é possível assinalar que “se opera uma delegação de poder ao julgador para intervir, através da concretização de um princípio, na auto-regulamentação do caso pelas partes interessadas”. Ora, isso significa, conforme já foi analisado, que ao juiz é dado descer às circunstâncias do caso concreto e à análise da ética da situação.

<sup>186</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*, p. 87. O professor português em sua obra menciona ainda que, num primeiro momento, a boa-fé apesar de ter sido primeiramente aplicada no domínio do conteúdo das obrigações, “não houve, de início, uma ligação imediata entre ela e o «organismo obrigacional»”, já que “o próprio SIBER, Rechtszwang cit. 23, escreve que a boa-fé dispõe apenas sobre o modo de cumprir e não sobre a constituição de deveres novos” (*Ibidem*, p. 589).

<sup>187</sup> *Ibidem*, p. 91.

<sup>188</sup> NEGREIROS, T. *Fundamentos...*, p. 49.

<sup>189</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 412.

aplicada apenas como complemento à regra de interpretação do § 157<sup>190</sup>. Nas palavras de Clóvis do COUTO E SILVA

“o § 242 não significava outra coisa senão mero esforço ao § 157, no qual se determinava a tradicional regra de interpretação dos negócios segundo a boa-fé. Não se pensou, de nenhum modo, em atribuir ao juiz a função fundamental de criar o direito, por meio da aplicação, muito embora expressasse a regra de que dois pontos “o devedor é obrigado a realizar a prestação de modo como o exige a boa fé levando em conta os usos do tráfico”<sup>191</sup>.

A noção do princípio da boa-fé enquanto fundamento para criação de deveres acessórios “foi desenvolvida pelos teóricos alemães que primeiro transformaram o conceito de boa-fé, de conceito psicológico, em verdadeira realidade jurídica e logo ético-normativa”<sup>192</sup>. Ou seja, é próprio da boa-fé em sua vertente objetiva, conforme já apontado no Capítulo III, a criação de deveres laterais ou acessórios os quais, ainda que não expressamente contratados, devem ser observados. E é justamente esta vertente objetiva da boa-fé, apreendida pelos estudiosos alemães, que se torna o *topos* subversivo do direito obrigacional e signo da pós-modernidade, da qual fala Judith MARTINS-COSTA<sup>193</sup>. Segundo Clóvis do COUTO E SILVA,

“com relação ao das obrigações [setor do Direito], manifesta-se [a boa-fé] como máxime objetiva que determina aumento de deveres, além daqueles que a convenção explicitamente constitui” sendo que “o dever que promana da concreção do princípio da boa fé é dever de consideração para com o ‘alter’”<sup>194</sup>.

Os deveres decorrentes da boa-fé dizem respeito há uma “*correttezza*” recíproca entre devedor e credor, sem que seja possível informar seu conteúdo previamente, significando, em termos gerais, “que um dever cooperar para satisfazer o interesse do outro”<sup>195</sup>. Para Judith MARTINS-COSTA, “(...) têm os deveres instrumentais ou laterais o escopo de garantir a plena consecução da relação obrigacional, especialmente a

---

<sup>190</sup> Regra similar à contida no art. 113 do nosso Código Civil é encontrada no § 157 do BGB que dispõe que “os contratos interpretam-se como o exija a boa fé, com consideração pelos costumes do tráfico”.

<sup>191</sup> NEGREIROS, T. *Fundamentos...*, p. 50.

<sup>192</sup> MENEZES CORDEIROS, A. *Estudos...*, p. 124.

<sup>193</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 410.

<sup>194</sup> COUTO E SILVA, C. *A obrigação...*, p. 29. O autor também sustenta que a boa-fé funciona como mandamento de consideração para com os interesses do outro contratante.

<sup>195</sup> GALGANO, F. *op.cit.*, p.190.

contratual, mas não exclusivamente, uma vez incidirem (...) também na fase pré-contratual”<sup>196</sup>.

Estes deveres, segundo Jorge Cesa DA SILVA, “(...) podem ser definidos, a título aproximativo, como ‘todos aqueles deveres decorrentes do fato jurígeno obrigacional cujo escopo não seja, *diretamente*, a realização ou a substituição da prestação”<sup>197</sup>. Para o autor, os deveres laterais são deveres de comportamento que podem referir-se aos cuidados necessários à pessoa e aos bens da outra parte da relação ou simplesmente a deveres indiretamente vinculados à prestação<sup>198</sup>.

Trazidas por Jorge Cesa DA SILVA, as críticas referentes à inclusão dos deveres laterais enquanto parte da obrigação referem-se, em sua maioria, ao fato de que ao assim proceder estar-se-ia alargando sobremaneira o âmbito obrigacional. No entanto, refutando esta noção, no que se concorda no presente estudo, referido autor destaca, em conformidade com o que está sendo aqui destacado, que a “obrigação contratual possui na sua complexidade interna um conjunto de deveres que não se resumem aos deveres de prestação”<sup>199</sup>.

Conceber como integrante da obrigação apenas os deveres principais é navegar contra a maré, é sustentar que apenas a autonomia privada é a grande fonte obrigacional, negando a normatividade do princípio da boa-fé. E esta negativa, além de não corresponder à visão do direito obrigacional na contemporaneidade, também torna letra morta a disposição do Código Civil em seu art. 422 e, porque não dizer, a cláusula geral de tutela da pessoa humana que decorre da leitura civil-constitucional.

Citando Francesco BENATTI, Jorge Cesa da Silva traz que a solução para não alargar demais o âmbito obrigacional está em reconhecer que fazem parte do vínculo como deveres laterais apenas aqueles que compõem a relação, sendo “essencialmente conexa à execução do contrato”. Nesses termos, todos aqueles deveres que não possam ser relacionados como necessária à execução do contrato, ou da obrigação, estão fora de seu âmbito, como o dever de não furtar ou de não roubar o

---

<sup>196</sup> MARTINS-COSTA, J. *A boa-fé...*, p. 448

<sup>197</sup> SILVA, J.C. *op. cit.*, p. 75.

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 82

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 89.

patrimônio da outra parte”<sup>200</sup>. Ou seja, conforme defendido linhas acima, os deveres laterais dizem respeito ao bom cumprimento da obrigação, de acordo com juízos de “*correttezza*”. Nas palavras de Antonio MENEZES CORDEIRO, “por eles [os deveres acessórios ou laterais], considera-se que as partes, enquanto perdure um fenômeno contratual, estão ligadas a evitar que, no âmbito deste fenômeno, sejam infligidos danos mútuos, nas suas pessoas ou nos seus patrimônios”<sup>201</sup>.

Destaca Carlos Alberto da MOTA PINTO que a infração culposa a estes deveres laterais (que cabem, conforme já afirmado acima, tanto ao credor quanto ao devedor) implica em responsabilidade civil com fundamento na violação do contrato (conforme art. 789º do Código Civil português) equiparando-se ao não-cumprimento culposo do dever de prestação<sup>202</sup> embora seja importante reconhecer que estes deveres existem independentemente da hipótese de violação<sup>203</sup>.

Seu objeto pode ser tanto um fazer quanto um não fazer, “consistindo alguns em declarações de ciência, como nas indicações e comunicações; outros, em atos determinados”<sup>204</sup>. Tais deveres,

“Não tendem a realizar a prestação principal, mas a tutelar outros interesses da contraparte, coenvolvidos no interesse contratual, não implicando a sua violação o inadimplemento ou a mora no cumprimento do dever de prestação, mas importando uma violação contratual positiva. Têm todos eles a missão de garantir a plena consecução dos interesses cuja satisfação constitui o fim do contrato, podendo incidir sobre uma ação ou um comportamento positivo (declaração, informação, cooperação com a contraparte, proteção desta, etc) ou sobre uma omissão (abstenção de atos que importem conseqüências danosas para o objeto da prestação ou para a esfera jurídica pessoal ou patrimonial da contraparte ou, mais genericamente, que envolvam qualquer perigo para a realização do fim contratual)”<sup>205</sup>.

## **4.2 Classificação**

---

<sup>200</sup> SILVA, J.C. *op. cit.*, p. 89

<sup>201</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*, p. 604.

<sup>202</sup> MOTA PINTO, C.A. *op.cit.*, p. 284.

<sup>203</sup> *Ibidem*, p. 289.

<sup>204</sup> COUTO E SILVA, C. *A obrigação...*, p. 113.

<sup>205</sup> MOTA PINTO, C.A. *op.cit.*, p. 284.

É possível classificar os deveres laterais em inúmeras formas. Será aqui adotada um misto das divisões apresentadas por Antonio MENEZES CORDEIRO que o faz entre deveres de proteção, de esclarecimento e de lealdade<sup>206</sup> e Fernando NORONHA. Sobre esta classificação, Rosalice Fidalgo PINHEIRO esclarece em breves linhas que:

“(...) i) deveres de proteção em relação a pessoas ou coisas, pelos quais as partes estão obrigadas a evitar que danos mútuos sejam causados; ii) deveres de esclarecimento, obrigando as partes a informar mutuamente, acerca de fatos que digam respeito aos sujeitos, ao vínculo ou ao objeto da relação; iii) deveres de lealdade, que conduzem as partes a absterem-se de comportamento, que se desviem da finalidade do negócio ou causem seu desequilíbrio”<sup>207</sup>.

Fernando NORONHA os divide em quatro categorias, quais sejam: os deveres de cuidado, informação, lealdade e assistência<sup>208</sup>. Deveres de cuidado, também conhecidos como deveres de proteção dizem respeito a que “cada parte numa relação obrigacional deve cuidar para que a outra não sofra lesões, nem em sua pessoa, nem no seu patrimônio”, como no caso do dever do fornecedor de eletrodomésticos de não colocar no mercado produtos que acarretem riscos à segurança e saúde dos consumidores<sup>209</sup>. Os deveres de informação são também conhecidos como deveres de esclarecimento e obrigam as partes a informarem “mutuamente de todos os aspectos que, de acordo com os padrões de conduta prevalecentes, sejam importantes para a realização do negócio em causa”<sup>210</sup>. Deveres de assistência ou cooperação “obrigam as

---

<sup>206</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*, p. 604.

<sup>207</sup> PINHEIRO, R. F. *op.cit*, p. 208.

<sup>208</sup> NORONHA, F., *Direito das Obrigações...*, p. 84

<sup>209</sup> *Idem*.

<sup>210</sup> Veja exemplo da necessidade de bem informar sobre o uso do serviço contratado em jurisprudência do Tribunal de Justiça do Paraná no qual se destaca que “é dever da fornecedora a efetividade de seu serviço, que deve acusar eventuais problemas no equipamento, passíveis de impossibilitar o correto cumprimento o objeto do contrato”, salientando a necessidade de observar o dever de informação, sendo “dever da apelada em informar, de agir com boa-fé e cautela ao prestar seus serviços”. Tratam-se os autos de ação declaratória de nulidade de cláusulas contratuais cumulada com pedido indenizatório porque a fornecedora do serviço de vigilância à distância deixou de informar à consumidora que, em caso de eventual corte na linha telefônica, o sistema de monitoramento não funcionaria. Entendeu o julgador que era dever da fornecedora do serviço “bem informar e instruir a consumidora acerca da estrutura necessária para o adequado funcionamento do monitoramento” e, que assim não fazendo, nasce o dever de indenizar pelos danos causados pelo arrombamento do estabelecimento monitorado, uma vez que a despeito da linha ter sido cortada, a responsável pelo monitoramento nada fez. Assim que “é dever da apelada [fornecedora] a efetividade de seu serviço, que



partes, especialmente aquelas que tiverem fornecido produtos e serviços duradouros, a, ao longo do tempo, prestarem auxílio à contraparte, instruindo-as sobre como resolver problemas que surjam, ou assegurando o fornecimento de peças de reposição” e, por fim, os deveres de lealdade<sup>211</sup> “obrigam as partes a se absterem de ações que possam ‘falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado’”<sup>212</sup>.

Existem, porém, outras divisões que merecem serem aqui citadas, ainda que brevemente. Citando a divisão de SIEBER, que leva em conta a proximidade do conteúdo com o dever principal, Carlos Alberto da MOTA PINTO distingue entre a) deveres de cuidado, previdência e segurança que existem “segundo o tipo do contrato e as circunstâncias do caso, que completam imediatamente o dever principal” como no caso de “o dono da obra violou um dever de cuidado, quando o empreiteiro que visitava a casa a reparar sofreu um acidente”; b) deveres de aviso e declaração que dizem respeito a “todos os fatos que possa prejudicar o fim do contrato, sendo importantes, desde logo, na fase pré-negocial”<sup>213</sup>; c) deveres de notificação; d) deveres de

---

deve acusar eventuais problemas no equipamento, passíveis de impossibilitar o correto cumprimento do objeto do contrato”. Nesta esteira, ainda que exista expressa previsão no contrato firmado entre as partes de que, em caso de corte na linha telefônica por culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não haveria responsabilidade da “empresa” de segurança, tal dispositivo deve ser declarado nulo porque deixou a prestadora do serviço de informar e instruir o consumidor “acerca da estrutura necessária para o adequado funcionamento do monitoramento” (Apelação Cível n.º 256.489-2. Rel. Juiz Substituto Francisco Rabello Filho, 30 de novembro de 2005).

Observe-se, portanto, que do contrato de prestação de serviços não constava cláusula expressa de que a fornecedora era obrigada a bem informar o funcionamento do equipamento de segurança mas que, exatamente porque não cumpriu com este dever de informação decorrente da boa-fé, foi responsabilizada pela quebra do contrato com conseqüente declaração de nulidade da cláusula limitadora de sua responsabilidade.

<sup>211</sup> Sobre o dever de fidelidade, veja-se o exemplo trazido por Carlos Alberto da MOTA PINTO ao citar acórdão da Rel. do Porto de 30-1-1966 “incidindo sobre um pedido de indenização dos prejuízos que o autor diz ter sofrido pelo fato de os réus, enquanto empregados no seu estabelecimento, terem utilizado os conhecimentos que ali obtiveram sobre os negócios para transacionarem por conta própria nos mesmos artigos em nome da mulher dum dos réus” (MOTA PINTO, C. A., *op.cit.*, p. 281)

<sup>212</sup> A classificação e exemplos foram tomados da obra de Fernando NORONHA, *Direito das Obrigações...*, p. 84-85.

<sup>213</sup> “Os deveres de participação ou aviso, sempre segundo KLEIN, não se esgotam nos casos especialmente regulados, mas brotam da cláusula geral da boa fé, na medida em que preside a todo eles um pensamento jurídico unitário: permitir ao destinatário da participação, através do aviso, um esclarecimento necessário para o seu comportamento futuro, a fim de este poder tomar providências, *rectius*, diremos nós, estão a serviço do fim do contrato, na medida em que permitem a sua positiva realização, doutra forma, ameaçada ou permitem evitar conseqüências laterais danosas, cuja verificação é, obviamente, estranha ao fim que presidiu à cooperação contratual. (MOTA PINTO, C. A., *op.cit.*, p. 286)

cooperação como no caso de que o “(...)credor deve limitar o mais possível os danos, no interesse do obrigado, e não agravar uma situação de perigo para o devedor, através de exigências injustificadas (...)” e, finalmente, e) deveres gerais de proteção e cuidado.

Independente da classificação ou divisão adotada, é preciso ter em mente que os deveres laterais de conduta não são “existentes *ab initio*, num *numerus clausus* e com conteúdo fixo. O seu surgimento, melhor, a sua concretização, depende da verificação de pressupostos variáveis que, à luz do fim do contrato, adquirem essa eficácia. E não só o seu aparecimento: também o seu conteúdo interno, intensidade e duração dependem das circunstâncias atuais”<sup>214</sup>. Novamente volta-se à afirmação de que o próprio conteúdo da boa-fé deve ser apreendido diante da realidade da situação, ou da ética da situação, não sendo possível fixar previamente, e de forma definitiva, o seu conteúdo.

No entanto, conforme já introduzido no capítulo anterior, o estudo acerca dos deveres laterais decorrentes de boa-fé acaba sendo de grande importância prática, uma vez que facilita a aplicação da boa-fé e a atividade jurisdicional que dará os contornos e extensão de sua cláusula geral. A mera menção a conceitos indeterminados e genéricos, como lealdade e cooperação, não é suficientes para bem orientar a sua aplicação que, repita-se, deverá ser feita pontualmente. A determinação e estudo de grupos de deveres laterais acaba servindo como um critério mais objetivo de orientação para a aplicação prática do princípio, sem que haja pretensão de se chegar a uma completa definição.

Assim, tomando como base o que foi antes reportado, em especial acerca da necessidade de alargar o conceito de obrigação e incluir em definitivo a boa-fé como um dos grandes princípios do direito obrigacional, convém neste momento estudar três grupos de deveres laterais: os deveres de proteção, de esclarecimento e informação e, por fim, deveres de lealdade e cooperação.

---

<sup>214</sup> MOTA PINTO, C. A., *op.cit.*, p. 288. Também no mesmo sentido Fernando NORONHA que afirma que os deveres laterais “(...) têm como único fundamento o princípio da boa-fé e, por isso, só são identificáveis em cada caso concreto – e, normalmente, só podem ser apontados depois de haverem sido violados, provocando danos” (NORONHA, F. *Direito dos contratos*.... p. 162).

#### **4.2.1 Deveres acessórios de proteção**

Segundo lição de Jorge Cesa DA SILVA, os deveres de proteção são mais facilmente identificados nos casos de responsabilidade civil pré-contratual e foi justamente através de um destes casos, dos famosos rolos de linóleo, que encontraram autonomia jurisprudencial no Direito Alemão<sup>215</sup>. Relatado por Antonio MENEZES CORDEIRO, trata-se de acidente ocorrido em um estabelecimento comercial em que uma senhora, após adquirir um tapete de linóleo acabou sendo atingida por um rolo de linóleo,

“O RG julgou que, tendo ocorrido os factos numa seqüência em que se visava um efeito contratual, havia, entre as partes, uma relação preparatória, de natureza semelhante a uma relação negocial. A esta relação dever-se-ia aplicar a ideia, comum aos vínculos contratuais e negociais, segundo a qual, destes, podem resultar deveres de cuidado com a vida e a propriedade do parceiro. Estes deveres teriam sido violados”<sup>216</sup>.

Para Jorge Cesa DA SILVA, os deveres de proteção são os que apresentam maior independência em relação aos deveres de proteção, razão pela qual “são também os que mais conhecem contestações quanto a sua alocação obrigacional, ou, mais especificamente, contratual”<sup>217</sup>. Na realidade, conforme aponta Fernando NORONHA, a grande diferença existente entre o ordenamento jurídico brasileiro, que segue o modelo francês, e o alemão, de onde surgiram os estudos acerca do dever de proteção, é que aqui “(...) consagra-se um princípio geral de responsabilidade (civil em sentido estrito, não contratual) por todos os danos que de forma culposa ou dolosa forem causados a outrem (cf. art. 186 e 927 do Cód. Civil). Não é, por isso, necessário invocar deveres específicos, ligados a um contrato”<sup>218</sup>. Segundo lição do mesmo autor, no direito alemão não há um princípio geral de responsabilidade, sendo a enumeração casuística<sup>219</sup>.

---

<sup>215</sup> SILVA, J.C. *op.cit*, p. 109.

<sup>216</sup> MENEZES CORDEIRO, A. *Da boa-fé...*, p. 547.

<sup>217</sup> SILVA, J.C. *op.cit*, p. 110.

<sup>218</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 86.

<sup>219</sup> NORONHA, F. *O direito dos contratos...*, p. 163, nota 76.

No entanto, em que pese a evidente distinção do regime de responsabilidade adotado entre o ordenamento jurídico brasileiro e o alemão, não parece crível negar que estes deveres têm cunho contratual. Até porque, e aqui tomando novamente como apoio os ensinamentos de Jorge Cesa DA SILVA, nos casos em que ocorre a violação a um dever acessório ou lateral, é evidente que está presente o fato gerador da responsabilidade civil, “independente do fundamento desta. O problema básico, portanto, é a aplicação dos demais efeitos do inadimplemento, afora o dever de indenizar”<sup>220</sup>. Assim, ainda que não seja o objeto deste trabalho o estudo acerca da figura da violação positiva do contrato, deve-se alertar que a classificação dos deveres laterais, incluindo-se o dever aqui estudado de proteção, como dever contratual tem efeitos para além da responsabilidade civil.

Na classificação de Fernando NORONHA, os deveres de proteção são chamados de deveres de cuidado. Sua existência pode ser muito bem percebida nas relações de consumo, nas quais, como já apontado acima, o fornecedor de eletrodomésticos tem o dever de não colocar no mercado produtos que acarretem riscos à saúde e segurança dos consumidores (art. 8º do Código de Defesa do Consumidor)<sup>221</sup>.

Assim que deveres de proteção podem referir-se tanto à pessoa da contraparte quanto ao seu patrimônio. Sobre a necessidade de observância do dever de proteção em relação ao patrimônio, já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em Ação de Indenização em decorrência de furto de veículo em estacionamento de um supermercado, no sentido que o estabelecimento comercial que presta este serviço ou comodidade a seus clientes é responsável por eventuais danos que ali aconteçam. Veja-se parte da decisão:

**“(...) a imputabilidade das obrigações de guarda e vigilância, nasce do descumprimento do dever de proteção derivado da boa-fé,** prescindindo de formalização de contrato de depósito. Ocorre que o estacionamento é elemento de atração da clientela, também pela promessa de segurança. (...) Como visto, há relação de causalidade entre o fato danoso e a atuação da ré, que deve responder pelos danos correspondentes, por descumprimento do dever de proteção, assumido em face do usuário dos serviços que ela administra, aplicando-se,

---

<sup>220</sup> SILVA, J.C. *op.cit.*, p. 27.

<sup>221</sup> NORONHA, F. *Direito das Obrigações...*, p. 85.

analogicamente, a Súmula 130 do eg. Superior Tribunal de Justiça, que reza: “A empresa responde, perante o cliente, pela reparação de dano ou furto de veículo ocorridos em seu estacionamento” (grifou-se)<sup>222</sup>.

Do corpo de referida decisão, há menção ao voto do Ministro Ruy Rosado de Aguiar em Agravo Regimental 47.901-3/SP, que discute caso análogo e muito bem se encaixa no presente estudo. Segundo seu entendimento, a nova compreensão da vontade obrigacional, provinda da idéia de obrigação enquanto relação complexa em especial através da obra de Clóvis do Couto e Silva, juntamente com a cláusula geral de boa-fé objetiva, servem para explicar

“(...) o liame que reúne o estabelecimento bancário, ao fornecer local de estacionamento para o conforto de seus clientes e maior vantagem às operações bancárias, e o usuário desses serviços, vinculados pela simples existência da ‘conduta socialmente típica’, incumbindo ao estabelecimento fornecedor do serviço e do local de estacionamento o dever, derivado da boa fé, de proteger a pessoa e os bens do usuário.”

No entanto, ao definir qual o regime da responsabilidade aplicável ao caso, em que pese afirmar ser dispensável a distinção entre responsabilidade contratual ou extracontratual uma vez que ambas derivam do contato social, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar acaba optando pela cláusula geral de responsabilidade civil do art. 159 do Código Civil de 1916, “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou casar prejuízo a outrem, fica obrigado o dano”, não enquadrando a quebra do dever de proteção como a quebra de um dever contratual.

Na jurisprudência alemã, conforme afirma Antonio MENEZES CORDEIRO, é possível verificar os deveres de proteção nos casos em que uma das partes faculta à outra o uso de certos locais, como titulares de cafés, estalagens ou recintos esportivos<sup>223</sup>. A mesma situação é trazida por Judith MARTINS-COSTA para exemplificar casos em que há necessidade de observância ao dever de proteção: “como, v.g, o dever do proprietário de uma sala de espetáculos ou de um

---

<sup>222</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70005523600. Relatora Desª Mara Larsen Chechi. Julgamento em 17/03/2004.

<sup>223</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé...*, p. 604.

estabelecimento comercial de planejar arquitetonicamente o prédio, a fim de diminuir os riscos de acidentes”<sup>224</sup>.

Assim também já decidiu o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em ação de reparação de danos materiais e morais em decorrência do falecimento de um participante de festa promovida em uma chácara, por afogamento na Lagoa dos Patos (RS) sendo que na ocasião não havia esquema de segurança ou salva-vidas no local. Assim sendo:

“Desse modo, resta estabelecida a extensão da responsabilidade da ré pela segurança do local na data do falecimento de Andrei Araújo Danda. Por outro lado, a responsabilidade da demandada decorre também da incidência do Código de Defesa do Consumidor à espécie, porquanto se cuida de típica relação de consumo de serviço.

Ora, ao promover o evento público em um balneário lacustre, próprio para banho e em pleno verão, a toda evidência assumiu a ré os riscos do negócio, bem como a **responsabilidade pela prestação do serviço, consoante os deveres de proteção à saúde e à segurança dos consumidores**. (grifou-se)”<sup>225</sup>.

Por fim, e tomando como base novamente as lições de Jorge Cesa da SILVA, é preciso reconhecer que “em que pese a facilidade de compreensão da noção de deveres de proteção, são eles os que mais demandam esforço do jurista no sentido de uma verdadeira aplicação prática da noção de relação obrigacional complexa”<sup>226</sup>.

#### **4.2.2 Deveres acessórios de esclarecimento ou informação**

Deveres de informação podem ser muito bem observados em relações de consumo, afirmando ainda Antonio MENEZES CORDEIRO que o dever de esclarecimento é muito produtivo no caso de contratos de prestação de serviços médicos<sup>227</sup>. Conforme lição de Clóvis do COUTO E SILVA, “o dever de esclarecimento,

---

<sup>224</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 439.

<sup>225</sup> Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ap. Cív. 70009632191. Relator Des. Ubirajara Mach de Oliveira. Julgamento em 15/06/2005.

<sup>226</sup> SILVA, J.C. *op.cit.*, p. 111.

<sup>227</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé...*, p. 605. O Autor cita, para ilustrar seu pensamento casos em que houve ofensa ao dever de informação em relação de prestação de serviços médicos, como exemplificativamente o caso de médico que optou por tratamento de rádio e raio X ao invés de intervir cirurgicamente num caso de cancro no útero. A paciente apresentou reações ao tratamento, que teve de

como seu nome indica, dirige-se ao outro participante da relação jurídica, para tornar clara certa circunstância de que o ‘alter’ tem conhecimento imperfeito, ou errôneo, ou ainda ignora totalmente”<sup>228</sup>.

A quebra deste dever pode também levar à invalidação do negócio jurídico através do dolo por omissão. Tal hipótese é aventada por Fernando NORONHA e encontra base no atual art. 147 do Código Civil, correspondente ao antigo art. 94 do Código de 1916, *in verbis*, “nos negócios jurídicos bilaterais, o silêncio intencional de um das partes a respeito de fato ou qualidade que a outra parte haja ignorado, constitui omissão dolosa, provando-se que sem ela o negócio não se teria celebrado”. Veja-se que “(...) tal essencialidade terá necessariamente de ser aferida de acordo com a regra da boa-fé”<sup>229</sup>.

Como apontado acima e ilustrado jurisprudencialmente, descumpre o dever de informação aquele que presta serviço sem alertar o consumidor acerca do correto manuseio do bem. Em realidade, em se tratando de relação de consumo, o dever de informação decorre do próprio Código de Defesa do Consumidor em seu art. 6º, III que determina ser direito básico do consumidor “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”. No mesmo diploma legal, em seus art. 12 e art. 14, há expressa atribuição de responsabilidade objetiva em caso de informações insuficientes ou inadequadas sobre a utilização e riscos dos produtos e serviços.

Segundo Jorge Cesa DA SILVA, há de se diferenciar entre duas manifestações do dever de informar na esfera do direito consumeirista. A primeira delas refere-se à ausência de informações típicas e genéricas do produto, como o prazo de validade e contra-indicações, por exemplo, e aí estar-se-ia diante de um defeito do produto. Por outro lado, quando informação seja necessária para a correta fruição do bem ou melhor adimplemento, estar-se-ia diante de um dever lateral<sup>230</sup>.

---

ser interrompido. Considerou-se que o médico descumpriu com o dever de esclarecer à paciente sobre as eventuais consequências do tratamento adotado.

<sup>228</sup> COUTO E SILVA, C., *A obrigação...*, p. 115.

<sup>229</sup> NORONHA, F. *O direito dos contratos...*, p. 163

<sup>230</sup> SILVA, J.C. *op.cit.*, p. 118.

Assim, que em se tratando de relação de consumo, tendo em vista sua normatização no CDC, “(...) passou-se a impor, a este mesmo fornecedor, o *dever de conhecimento*, com o que a ele se imputou o respectivo dever de informação”<sup>231</sup>. No entanto, não se encontra o mesmo fundamento material

“(...) nas situações em que os partícipes da relação sejam, ambos, não profissionais, como no caso do dever de o vendedor informar a existência de eventuais conflitos possessórios sobre o terreno que vende. Nestas hipóteses é a boa-fé que, diretamente, fundamenta, material e formalmente, a existência do dever”<sup>232</sup>.

Portanto, em que pese a existência do dever de informação seja mais facilmente verificada nas relações de consumo, também nas relações civis este dever está presente, uma vez que decorre da cláusula geral de boa-fé<sup>233</sup>. Também é este o entendimento jurisprudencial, senão veja-se:

“(...) ainda que o diploma consumeirista não fosse aplicável ao caso em comento, o Código Civil Brasileiro, disciplinando os contratos em geral, estabelece que as relações jurídicas devem ser informadas pelo princípio da boa-fé, que se traduz na conduta leal e correta das partes envolvidas na relação.”

Da mesma decisão extrai-se que a quebra do dever de prestar informações corretas sobre o bem vendido, é também quebra do princípio da boa-fé. E nem poderia ser diferente, uma vez que aquele decorre justamente da boa-fé. Para compreender a extensão da decisão, diga-se que se trata de Ação de Rescisão de Contrato de Compra e Venda por Justa Causa em que a Apelante alega ter comprado um automóvel de loja especializada, sem conhecer o fato de que referido veículo estava cadastrado nas seguradoras como sinistrado por perda total. Desta monta, decidiu o Tribunal de Justiça deste Estado que

---

<sup>231</sup> SILVA, J.C. *op.cit*, p. 115

<sup>232</sup> *Ibidem*, p. 116.

<sup>233</sup> Veja-se que ao tratar de referido dever, Judith MARTINS-COSTA alerta que “a inovação legislativa facilitou, por certo, a tarefa dos tribunais. Contudo, mesmo antes da vigência do CDC, a jurisprudência mais esclarecida havia, exclusivamente com base na aplicação da boa-fé, logrado alcançar soluções que não discrepam da posteriormente alcançada com a nova lei” (MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 450).



“É claro que a omissão do alienante [acerca da situação do veículo] configura quebra da boa fé objetiva, princípio que deve nortear todas as relações obrigacionais, sendo certo afirmar que **a transparência das informações corresponde a um dever contratual**, devendo o alienante prestar esclarecimentos, dar garantias e assistência de acordo com a lealdade” (grifou-se)<sup>234</sup>.

A análise do dever de informação, assim como a própria análise da boa-fé, deve ser feita diante do caso concreto, levando-se em consideração suas vicissitudes. É esta a lição trazida por Judith MARTINS-COSTA que afirma terem os deveres instrumentais, dentre eles também o dever de informação, caráter proteifórmico “(...) e a aludida característica da graduação da medida de sua intensidade, conforme as circunstâncias do caso concreto”<sup>235</sup>. Assim, citando Carlos Alberto da MOTA PINTO, a professora gaúcha traz que

“Daí que contratos, originando créditos e débitos perfeitamente iguais, possam gerar relações contratuais diversas: basta pensar numa venda de um objeto por certo preço a um leito na sua utilização e na venda do mesmo objeto pelo mesmo preço a um conhecedor, com o surgimento, no primeiro caso, de deveres de esclarecimento e informação, eventualmente conducentes a um dever de indenizar”<sup>236</sup>.

Para ilustrar a necessidade de avaliação do dever de informar e bem esclarecer o consumidor, assim como da necessidade de se levar em conta os usos e costumes do tráfego, que hoje é cláusula geral no Código Civil (art. 113), Judith MARTINS-COSTA traz à tona decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul em que se discute acerca da validade de uma cláusula em contrato de seguro que estipulava sua vigência a partir da zero hora do trigésimo dia seguinte ao pagamento. Os segurados vieram a falecer antes de completado este prazo e a seguradora recusou-se ao pagamento das apólices, razão pela qual seus sucessores buscaram o recebimento do benefício pela via judicial.

Segundo consta da ementa do acórdão há “evidência de não haverem sido os adquirentes esclarecidos quanto a cláusulas restritivas da cobertura, por faltar aos vendedores não apenas capacitação, mas até interesse na prestação de tais esclarecimentos” sendo reconhecida a “ineficácia de tais cláusulas quanto ao segurado

---

<sup>234</sup> Tribunal de Justiça do Paraná. Ap. Civ. 171.485-0. Relator Des. Clayton Camargo. Julgamento em 11 de agosto de 2005.

<sup>235</sup> MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*p. 450.

<sup>236</sup> *Ibidem*, p. 447.

e seus beneficiários, a bem da proteção da boa-fé do contratante induzido a supor o contrário do que no instrumento constava impresso em letras minúsculas”<sup>237</sup>.

Comentando a decisão, Judith MARTINS-COSTA reafirma a necessidade de mensurar a intensidade do dever de informação face às peculiaridades do concreto, ou seja, da ética da situação. Assim que, sendo referido contrato de adesão “(...) a informalidade que o cercou, o fato de ser o seguro ‘vendido na rua, como se vendem laranjas’, a circunstancia, não mencionada, mas implícita, das frágeis condições sócio-intelectuais dos adquirentes, pessoas comuns do povo -, dados esses que, acaso diversos, poderiam ter conduzido a uma outra solução para a lide”<sup>238</sup>.

Por fim, tendo em vista que o dever de informação é dever lateral e, portanto, diz respeito a um agir com lealdade e correção durante o *inter* contratual, também toca a ambas as partes envolvidas numa relação obrigacional. Assim, é muito interessante o exemplo oferecido por Antonio MENEZES CORDEIRO de caso julgado na Alemanha, nos seguintes termos:

“(…) uma pessoa apresentou-se ao balcão de um banco, por conta de outra entidade, par receber uma quantia sacada por cheque; no acto do pagamento, por lapso do caixa, foi-lhe entregue uma importância superior; apercebendo-se do sucedido, o recebedor nada disse. O OLG em causa entendeu que, por força do dever contratual acessório de esclarecimento, devia ter sido dada conta do erro ocorrido”<sup>239</sup>.

#### **4.2.3 Deveres acessórios de lealdade e cooperação**

Finalmente, o terceiro grupo de deveres laterais é composto pelos chamados deveres de lealdade e cooperação que, em linhas gerais, dizem respeito aos deveres que “(...) obrigam as partes, a, na pendência contratual, absterem-se de comportamentos que possam falsear o objectivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por elas consignado”<sup>240</sup>.

Segundo Fernando NORONHA a maioria dos deveres de lealdade referem-se a uma atuação negativa, diferentemente do que ocorre com os outros deveres acima

---

<sup>237</sup> Trechos do Acórdão foram retirados de MARTINS-COSTA, J., *A boa-fé...*, p. 450.

<sup>238</sup> Ibidem, p. 453

<sup>239</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé...*, p. 606.

<sup>240</sup> Idem.

estudados, que exigem uma atuação positiva no sentido de evitar danos à outra parte ou de informá-la corretamente, por exemplo<sup>241</sup>. Uma grande gama de deveres encaixa-se nesta classificação, como os deveres de não concorrência, de não celebração de contratos incompatíveis com o primeiro, de sigilo face a elementos obtidos pela pendência contratual cuja divulgação possa prejudicar a outra parte e, finalmente, o dever de atuação para preservação do objetivo e economia contratuais<sup>242</sup>.

Neste sentido muito bem se encaixa a jurisprudência comentada por Judith MARTINS-COSTA, em caso de venda de estabelecimento comercial, uma pequena loja de roupas, em que a compradora sustenta que ficou acordado que usaria o CGC da vendedora até competente regularização de sua situação e que, sem motivo razoável, esta vem a cancelar todos os pedidos ainda não recebidos, inviabilizando a continuidade do negócio por parte da compradora<sup>243</sup>.

Segundo consta do relatório do acórdão, a vendedora recorreu da sentença de 1º grau que a condenou ao pagamento de indenização pelos prejuízos experimentados pela compradora face à falta de mercadorias para serem comercializadas, alegando em síntese que do contrato de compra e venda do estabelecimento comercial não ficou ajustada a inclusão de mercadores de pedidos feitos e ainda não recebidos.

Considerou o relator, então Desembargador Ruy Rosado de Aguiar Júnior, que em que pese não haver cláusula a respeito no contrato firmado entre as partes, a questão deve ser analisada à luz do princípio da boa-fé e sua aptidão de criar deveres especiais de conduta. Assim que, no presente caso:

“(...) esses deveres especiais, acessórios ou anexos, consistiam em impor à vendedora da pequena loja o dever de abster-se de assumir comportamento inviabilizador da normal continuidade do negócio adquirido pelo ora autor, dependente, como é sabido, do recebimento de mercadoria adequada para cada estação, previamente encomendada, pois a época da comercialização pelas indústrias é bem anterior à da venda no varejo”.

---

<sup>241</sup> NORONHA, F. *Direito das obrigações...*, p. 86.

<sup>242</sup> MENEZES CORDEIRO, A., *Da boa-fé...*, p. 607.

<sup>243</sup> Trata-se de Apelação Cível n.º 589073956 do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Julgado em 19/12/1989. MARTINS-COSTA, J. *Princípio da boa-fé*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), ano XVII – 1990, volume 50.

Para a conclusão da decisão, considerou ainda o magistrado o depoimento da testemunha, contabilista do escritório em que foi firmado o contrato de compra e venda, que afirmou ser praxe no comércio que o comprador utilize o CGC do vendedor até regularização de sua condição, sendo que o Cadastro de Pessoa Jurídica é imprescindível para a encomenda de mercadorias. Assim, conjugou com a regra geral de conduta conforme a boa-fé (e note-se, antes mesmo da existência da cláusula geral do Código Civil de 2002) os usos e costumes do tráfego e do lugar da celebração do contrato. Por fim, faz o julgador um alerta importante, consagrando que é a atividade jurisdicional e, portanto, diante do caso concreto, que dá luz ao princípio da boa-fé:

“Além de caber ao Juiz, na aplicação do princípio da boa-fé, determinar a existência dos deveres acessórios, não expressamente previstos, mas inerentes ao negócio e à finalidade buscada pelas partes, como se viu acima, ainda se extrai dele uma máxima de conduta ético-jurídica, sobre a inadmissibilidade de comportamento contrário à boa-fé.”

Então que a aplicação do dever de lealdade neste caso, e como deve sempre, foi feita tomando como ponto de partida a exigência de um comportamento em conformidade com a boa-fé objetiva e levando-se em consideração a concretude do caso, através da análise das circunstâncias em que o contrato está inserido.

Por fim, é ainda muito interessante recente decisão do Superior Tribunal de Justiça, que manteve a decisão originária no sentido de condenar o Réu ao pagamento de danos morais pela irregular inscrição do Autor em serviço de proteção ao crédito, embora este tivesse quitado o título através de depósito bancário, ainda que não identificado, forma de pagamento permitida pela Ré. Assim, *in verbis*:

“Importante para o deslinde da questão, ainda esmiuçando o princípio da boa-fé aplicado aos contratos, anotar que a adoção deste preceito implica, para ambas as partes, no surgimento de deveres anexos ao contrato e que devem ser aplicados durante toda a relação contratual, e até mesmo após o término desta. Exemplo de dever anexo aplicável à espécie, o dever de cooperação traduz-se em obrigação das partes contratantes, que devem agir sempre no sentido de não impedir o efetivo cumprimento das obrigações contratuais. (...) Como corolário da subsunção da moldura fática apresentada aos comandos informativos das relações contratuais, mormente o princípio da boa-fé declinado no art. 4º, III, do CDC, impõe-se a conclusão de que a empresa-recorrente, quando determinou a realização do protesto em

comento, vulnerou **o princípio da boa-fé contratual consubstanciado, na hipótese, no dever anexo de cooperação, também chamado de obrigação de lealdade**" (grifou-se)<sup>244</sup>.

Enfim, os deveres de lealdade e cooperação aqui estudados têm um vasto campo de aplicação, podendo ser observados nas mais diferentes situações. A tutela da expectativa dos contratantes pode muito bem ser feita tomando como base exatamente a noção de lealdade e cooperação que, aliás, deve sempre presidir o trânsito jurídico.

---

<sup>244</sup> Superior Tribunal de Justiça. Resp. 595631. Rel. Min. Nancy Andrighi. Julgamento em 08/06/2004

## CONCLUSÃO

Ao longo deste trabalho foi estudada a uma das aplicações do princípio da boa-fé objetiva no plano do direito obrigacional, qual seja, a criação de deveres laterais ao contratado. Para tanto, procurou-se analisar de forma sucinta as modificações sofridas pelo Direito Civil, seja pela crise de seus institutos básicos, seja pela própria mudança de paradigma do estudo, modificações estas que acabaram por colocar em destaque as potencialidades do princípio em questão. Desta monta, abaixo se apresentam as conclusões alcançadas, em síntese:

1. Numa visão civil-constitucional, não mais é possível dar elevado destaque à autonomia da vontade como o grande princípio em matéria contratual. Mister que, ao lado da autonomia, reconheça-se a existência da necessidade de observância também da função social do contrato e do princípio da boa-fé, que é um dos mais (senão o mais) importante instrumento para concretização da justiça contratual. Também há de ser refutada uma noção de Direito voltada à manutenção da ordem das coisas, proclamando-se, ao invés, uma visão emancipadora com vistas à concretização dos mandamentos constitucionais.

2. A boa-fé comumente é estudada sob dois prismas distintos: a boa-fé subjetiva e a objetiva. A primeira refere-se àquele que age considerando estar de boa-fé, ou seja, considerando que não está invadindo a esfera jurídica de outrem. Já a boa-fé objetiva, mais aplicada no plano obrigacional, prescreve um agir conforme a boa-fé, ou seja, desconsidera o plano subjetivo para tomar a atitude externa do sujeito. Para isso usa *standarts* de comportamento.

3. O princípio da boa-fé objetiva, estatuído no Código Civil de 2002 nas cláusulas gerais dos art. 113 e 422, apresenta diversas potencialidades, dentre elas destaca-se a possibilidade de criar deveres laterais ao contratado. Em suma, os deveres contratuais podem decorrer da própria autonomia da vontade, sendo aí chamados de principais e secundários, ou então da boa-fé, aqui também conhecidos como deveres de fidúcia, instrumentais ou laterais.

4. Para a compreensão de que a boa-fé pode criar deveres laterais é necessário o alargamento do conceito de obrigação, e de contrato, portanto, que de simples relação jurídica mantida entre o credor e devedor, ligados por um direito subjetivo de crédito e um dever jurídico de débito, passa a ser entendida como uma totalidade, um processo complexo que se volta ao adimplemento.

5. Compreender a obrigação enquanto processo, ou obrigação complexa, não é apenas reconhecer a existência de diversos deveres e direitos a cada uma das partes, mas sim reconhecer que ao lado da autonomia da vontade atua o princípio da boa-fé, incluindo deveres ainda que não contratados, que se exemplificam nos deveres de informação, lealdade e proteção, mas aqui não se exaurem.

6. O real alcance do princípio da boa-fé só pode ser sentido e alcançado diante da situação do caso concreto. Assim, qualquer tentativa de conceituá-la ou exemplificar suas funções deve ser compreendida exatamente como uma fonte de partida para seu estudo diante do caso real. É somente neste que a boa-fé será devidamente aplicada. Daí porque se diga que o princípio está estabilizado justamente na forma de cláusula geral no Código Civil.

7. Para que esta aplicação se dê de forma satisfatória, é imprescindível que a mentalidade dos operadores e aplicadores do Direito torne-se sensível à nova ordem contratual e aos mandamentos constitucionais que colocam em evidência a tutela da pessoa humana em sua dignidade. É a boa-fé, juntamente com outros importantes princípios contratuais como a função social e a justiça contratual, um grande instrumento para uma ligação do direito obrigacional com os ditames da Constituição da República. Porém, para que esta ligação se concretize requer-se sensibilidade dos juristas, quer pela compreensão de um novo conceito contratual, quer pela relativização dos princípios antes tidos como absolutos, quer pelo correto porém cauteloso preenchimento da cláusula geral de boa-fé.

8. Desta monta, o estudo sobre deveres laterais decorrentes do princípio da boa-fé é um importante norte para sua aplicação e um importante passo para o reconhecimento da relação obrigacional enquanto uma complexidade e totalidade. A

partir daí o princípio deve ser estudado e aplicado de acordo com as vicissitudes do caso concreto, sempre tendo como paradigma a Constituição da República.



## BIBLIOGRAFIA

AGUIAR JR, R. R. *A boa-fé na relação de consumo*. In: Revista de Direito do Consumidor, n.º 14, 1995

ALMEIDA COSTA, M.J. *Direito das Obrigações*. 9ª edição. Coimbra: Almedina, 2001

AMARAL, Francisco. *Direito Civil: introdução*. 5ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2003

ASCARELLI, T., *Sguardo sul Brasile*, Milano: Giuffré, 1949.

AZEVEDO, A. J., *A boa-fé na formação dos contratos*. In: Revista da Faculdade de Direito USP. Volume 87, 1992.

BOBBIO, N. *Teoria do ordenamento jurídico*. Apresentação Tércio Sampaio Ferraz Júnior; trad. Maria Celeste C. J. Santos; ver. téc. Cláudio De Cicco. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 8ª ed., 1996

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003

FACHIN, L. E. Código Civil: Lei Nova e Velhos Problemas. Revista Del Rey Jurídica, vol. 5, n. 11, Belo Horizonte, 2003, p. 16

\_\_\_\_\_. *Teoria Crítica do Direito Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001

FERRAZ JR, T. S. *Estudos de filosofia do direito: reflexões sobre o poder, a liberdade, a justiça e o direito*. 2ª ed., São Paulo: Atlas, 2003

FONSECA, R.M. *Modernidade e Contrato de Trabalho: do sujeito de direito à sujeição jurídica*. São Paulo: LTr, 2002

GALGANO, F. *Diritto Privatto*. Padova: Cedam, 1996

GOMES, O. *Obrigações*. 16ª ed. Revista, atualizada e aumentada, de acordo com o Código Civil de 2002, por Edvaldo Brito. Rio de Janeiro: Forense, 2004

\_\_\_\_\_. *Transformações Gerais do Direito das Obrigações*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1967

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 18ª edição atualizada por Humberto Theodoro Júnior. Rio de Janeiro: Forense, 1998

GROSSI, P. *Mitologias Jurídicas da modernidade*. Tradução Arno Dal Ri Junior. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004

LARENZ, Karl. Base del negocio juridico y cumplimiento de los contratos. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1956

MARTINS-COSTA, J. *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo: Saraiva, 2002

\_\_\_\_\_. *Princípio da boa-fé*. In: Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul (Ajuris), ano XVII – 1990, volume 50.

\_\_\_\_\_. *A boa-fé no Direito Privado: sistema e tópica no processo obrigacional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000

MENEZES CORDEIRO, A. *Estudos de Direito Civil*. volume I, Coimbra: Almedina, 1991

\_\_\_\_\_. *Da boa-fé no Direito Civil*. 2ª reimpressão. Coimbra: Livraria Almedina, 2001

MOTA PINTO, C.A. *Cessão de contrato*. São Paulo: Saraiva, 1985

NALIN, P. (org.) *Contrato e Sociedade: princípios de direito contratual*. Vol. 01, Curitiba: Juruá, 2004

\_\_\_\_\_. *A boa-fé como elemento de existência do negócio jurídico (Ensaio Doutrinário)*. Curitiba, 2003

\_\_\_\_\_. *Cláusula geral e segurança jurídica no Código Civil*. in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, n.º 40, Curitiba: SER/UPFR, 2004

\_\_\_\_\_. *Do contrato: conceito pós-Moderno em busca de sua formulação na perspectiva civil-constitucional*. 1ª ed. 4ª tir., Curitiba: Editora Juruá, 2004

\_\_\_\_\_. *Ética e boa-fé no adimplemento contratual*. In: FACHIN, L.E. (coord.) *Repensando os fundamentos do Direito Civil Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998,

NEGREIROS, T. *Teoria do Contrato – novos paradigmas*. 2ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2006

\_\_\_\_\_. *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*. Rio de Janeiro: Renovar, 1998

NETO LOBO, P.L. *O contrato: exigências e concepções atuais*. São Paulo: Saraiva, 1986

NORONHA, F. *O Direito dos Contratos e seus Princípios fundamentais: autonomia privada, boa-fé, justiça contratual*. São Paulo: Saraiva, 1994

\_\_\_\_\_. *Direito das Obrigações: fundamentos do direito das obrigações: introdução à responsabilidade civil*. volume 1. São Paulo: Saraiva, 2003

PERLINGIERI, Pietro. *Perfis do Direito Civil: introdução ao direito civil constitucional*. Tradução Maria Cristina De Cicco. Rio de Janeiro: Renovar, 1997

PINHEIRO, Rosalice Fidalgo. *Percurso teórico da Boa-fé e sua recepção jurisprudencial do Direito brasileiro*. Tese de Doutorado – UFPR

REALE, M. *A boa-fé no Código Civil*. Disponível em [www.miguelreale.com.br](http://www.miguelreale.com.br).

\_\_\_\_\_. *Estudos Preliminares do Novo Código Civil*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003

\_\_\_\_\_. *Visão Geral do Novo Código Civil*. in: Novo Código Civil Brasileiro: lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002: estudo comparativo com o código civil de 1916, Constituição Federal, legislação codificada e extravagante/obra coletiva de autoria da Editora Revista dos Tribunais, com a coordenação de Giselle de Melo Braga Tapai. 3 ed. rev. e ampl., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

\_\_\_\_\_. *Lições Preliminares de Direito*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1977

ROPPO, Enzo. *O Contrato*. Tradução de Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Livraria Almedina, 1988

RUZYK, C. E. P. *Os princípios contratuais: da formação liberal à noção contemporânea*. In: RAMOS, C.L.S. (coord.) *Direito Civil Constitucional: situações patrimoniais*. Curitiba: Juruá, 2002

SANTOS, B. S. *Pela Mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*. 7ª ed. São Paulo: Cortez, 2000

SILVA, C. V. C. e. *A obrigação como processo*. São Paulo: Bushatsky, 1976

\_\_\_\_\_. *O direito Civil Brasileiro em perspectiva história e visão de futuro*. In: Revista da Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul (Ajuris), vol. 40, ano XIV, 1987, julho, Porto Alegre

SILVA, J. C. *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002

SOUZA FILHO, C.F.M. *Os Direitos invisíveis*. In: OLIVIERA, F. e PAOLI, M.C. (org) *Os sentidos da democracia. Políticas do dissenso e hegemonia global*. Petrópolis: Vozes; Brasília: NEDIC, 1999

TEPEDINO, G. *Temas de Direito Civil*. 2. ed. rev. atual. São Paulo: Renovar, 2001

VARELA, J. M.A. *Das obrigações em geral*. Volume I. 10ª edição, revista e actualizada, 3ª reimpressão da edição de 2000, Coimbra: Almedina, 2005

WIEACKER, F. El principio general de la Buena fe. Traducción de Jose Luis Carro. Madrid: Civitas, 1986